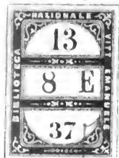
DE CENSU ET EMPHYTEUSI TRACTATUS IN DUAS PARTES DISTRIBUTUS...

Francisco Pinheiro

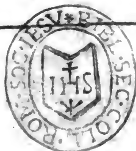

BIBLIOTECA NAZIONALE VITT. EMANUELE
13
8 E
37

DE CENSU ET EMPHYTEUSI TRACTATUS

IN DUAS PARTES DISTRIBUTUS.

AUTHORE

P. FRANCISCO PINHEIRO,
LUSITANO, GOUVEENSI, SOCIETATIS JESU,
DOCTORE THEOLOGO,
IN EBORENSI ACADEMIA OLIM
Primario Sacræ Theologiæ professore, atque
ejusdem Academiæ Cancellario.

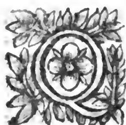


EBORÆ

Cum Superiorum permissu.

Ex Typographia Academiæ Anno Domini.
M. DC. LXXXI.

ILLUSTRISSIMO DOMINO EMMANVELI DE FARIA SEVERIM, ILLVSTRISSIMI D. Gasparis de Faria Severim, Consiliarij, & Secretarij Regij meritissimi, Moræ Commendatarij, & Arcis præfecti maximi filio Primogenito.



QVI aut in amoris pignus, aut in obsequium maiestatis magno alicui Nomini opus aliquod emancipant, veniam deprecantur, & muneris excusant parvitatem: hoc mihi tamen, & si non pudet imitari, certè non licet modo: cum opus hoc de Censu, & Emphyteusi tibi, Domine Illustrissime, non tam offero, quam restituo, non do, sed multis tibi nominibus debitum reddo. Censum, & pensionem (liceat dicere) persolvo: injustus plane essem, si meam hanc Emphyteusim à domo tua illustrissima alienassem, cujus ego cultor non segnis, tu dominus non inficiandus. Ad quod quando alij deessent tituli, ille certè erga me locupletissimus, atque omnium instar esset, quòd ut sanguine unà cum nomine, & moribus, ita & jure in mea omnia refers patruum tuum præclarissimum, dominum Emmanuelem de Faria Severim, in Archiepiscopali Sede Eborensi Præcentorem maximum, & Canonicum meretissimum; cujus nota beneficentia, cum se se in omnes latissime diffundat, adeo in me ultra alios cumulando prodiga semper fuit, ut modum, metasque omnes transgressa videatur. Quamobrem gravissimo me obstringerem commisso, si me illi præ cæteris non profiterer debitorem: si dum eum pupilli patrem, egentes patronum, miseri perfugium, vexati asylum, universi denique benefactorem egregium ubique proclamant, ac deprædicant, solus ego ingrato silentio ejus beneficia premerem, & vel hoc quale quale grati animi pignus, quando ab illo ex modestia detrectatur, ad te, qui eum refers, non deferrem. Cæterum multis quoque alijs nominibus me tibi obstrictum agnoscam necesse est. Nam ut omittam, quod in Eborensi olim Academia, dum te annis adhuc puerulum, prudentia vero, & gravitate senem, familiariter tractarem, singulari comitate, & benevolentia me plurimum devinxisti. Recordor, ac memoria semper teneo illum alium tuum patruum multifariam magnum, illustrissimum dominum Emmanuelem Severim de Faria ejusdem Eborensis Sedis jubar præclarissimum, in quo omnium virtutum decora, ac præsertim effusa in pauperes largitas, cum literarum studio, & omnigenæ eruditionis affluentia pari semper contentione decertarunt, ut vel ipsi ejus libri, tum pietate, tum eruditione referti ubique protestantur. Quem ego adeo semper miratus sum, ut cum eum adirem quod assidue & visendi, & consulendi causa faciebam, non sapientem aliquem, sed pene oraculum me adire, & audire arbitrarer. Neque vero magistrum modo, sed & benefactorem singularem, ac mihi benevolentissimum expertus sum. Quo circa me illi quoque plurimum debere, & profiteor, & profiteri semper non gravabor ingratus. Revoco præterea jucundissima sane recordatione in memoriam fratrem tuum amantissimum dominum Petrum Severim de Noronha alterum Severinæ familiæ grande decus, & incrementum; quo sibi nuper adjuncto ex matrimonio cum Domina D. Mariana

de Castro, præstantissimæ hujus Regni familiæ, Castrorum, Costarum, Coutiniorum, cum cæteris, quas secum deferunt, summopere gloriantur: & quidem merito; cum egregijs tum animi, tum corporis dotibus adeo excellat, ut tuus per omnia sit, & appareat germanus. Illum ego jam inde cum unà tecum in Eborensi Academia primis literarum imbueretur rudimentis, impense colui, & amavi, peculiari ejus erga me benevolentia, ut ipse bene nosti, oppignoratus: cujus quidem debiti, cum parem solutionem præstare nunquam possim, semper me reum libentissime fatebor. Denique ut alia præclarissima tuæ gentis nomina missa faciam, instar omnium mihi propono, atque identidem recolo illustrissimum parentem tuum dominum Gasparem de Faria Severim, domus Severinæ in Lusitania columen, & ornamentum amplissimum: in quo ut omnia sunt magna, & præclara, sive genus, sive virtutes, sive munera, & dignitates spectes, ita quæ multa in me collocavit beneficia, & quibus subinde erga illum debitis obstringor, non nisi magna, & ingentia esse potuerunt. Quæ cum ita sint, Domine Illustrissime, non uno certe, vel altero, sed pluribus in præsentiarum gaudes titulis, ut dominum te jure debeam profiteri; cum ipso jure Primogenij, & Maioratus, cujus prærogativa decoraris, omnia Severinæ domus jura ad te pertineant, omnia, quæ Severinos commendant, quæque illis sunt debita, tibi sponte cedant. Et vero sic omnium in te colligis amorem, sic oculos, sic animos trahis, ut in te uno omnes vivere, & qui te colit, omnes colere jure optimo censeatur.

Ergo sub tuis elaboratum auspicijs opus, tibi natum, tibi adultum, tibi à me tot titulis consecratum, jam jam publicam in lucem prodeiturum, te primum quærit, tuo sub lumine prodire gestit: tuum ante omnia patrocinium ambit, & tutelam, non dubium, quod tuo defensum nomine, tuo splendore collustratum, facile omnium captabit animos: omnium tam nostratum, quam exterorum promeribitur studium, & conciliabit amorem. Notus Lusitania, notus Gallia, notus orbe universo sanguinis, ac generis splendor tui, à clarissimis, ac illustrissimis maioribus per longissima deductus sæcula, & annorum spatia: nam tum à Regia plane Marchionum de Villa Real, & Noronearum stirpe, tum à vetustissima Fariarum domo paternum, ac maternum genus trahis, in quibus quot, qualesque floruerint Heroes neminem latet, quos omnes recensere, & si mihi gratissimum, longissimum quidem esset; non possum tamen non meminisse Avum tuũ Illustrissim. D. D. Franciscum de Noronha Christi equitem, & S. Martini de Frazão Commendatarium, magni illius Proavi tui D. D. Joannis de Noronha simillimam prolem, qui Ceptæ, avito de more, adversus Mauros strenuè dimicans gloriosissimè occubuit; unde loco perpetuum nomen, sibi æternam gloriam, tibi decus peperit immortale: eos factis, ac fato imitatus, quos proavos recolebat, excellentissimum scilicet D. D. Ferdinandum de Noronha magni Comitis de Gijon filium, Henrici Castellæ, & Ferdinandi Portugaliæ Regum nepotem, & ejus socerum magum D. Petrum de Menezes Vianæ Comitem, & Ceptæ expugnatorem præcipuum, nec non primum, ac Maximum Præfectum, & Propugnatorem.

Nec solum in unius, & si latissimi, & orbi pene collimitanei Lusitani Imperij finibus nobilitas tua continetur, ultra Lusitaniam excrevit, è Gallia summorum hominum, & illustrium Principum altrice, proavos non tam jactas, quam commendas, Excellentissimorum Marchionum de Soure, & Courtenuaux lilia gentilitia sanguine alis, & morum redoles suavitate: ut vel hoc unum nostris cum Regibus tibi commune esset è Gallia genus auspicari; cujus de amplitudine, ac excellentia non est cur pauca dicam, cum tam multa Gallia ostentet, orbis miretur, & Christianissimi latè Regia splendeat, summis domi militiæque hujus familiæ heroibus, &

heroinis

heroinis condecorata. Fulgentissimus hujus Solis radius est sextus avus tuus Petrus de Soure, hic primus hujus nominis, & sanguinis autor tibi est, qui Joanni primo Lusitaniæ Regi militans post Ceptæ in expugnatione egregiam præstitam operam Vasci Pirez Domini das Villas do Sardoal, Punhete, Mação, & Amendoa, præfecti maximi de Portalegre filiæ nupsit; qui maiorem natu filiam Gilio Annes de Oliveira filio domini Maioratus de Oliveira desponderunt, horum filius Joannes Gil Severim, Antonium Gil Severim progenuit, qui ob egregia merita, & illustria apud Indos facinora à Serenissimo Rege Henrico amplissima quidem cum potestate totius Regni Executor maximus fuit creatus, qui & muneris, & virtutum hæredem reliquit Gasparem Gil Severim virum de Patria adeo optimè meritum, ut ipsi fortunas omnes posthabuerit, quarum jacturam, ne illam perderet, uberrimum credidit lucrum; planè jam tunc illustrissima in domo tua hunc instituens amoris, & fidelitatis erga patriam maioratum; quem filio Francisco de Faria Severim, & nepoti D. Gaspari de Faria Severim illustrissimo parenti tuo, præ fortunis omnibus, reliquit: quam ille hæreditatem eo adivit animo, ut nullam aliam à maioribus sibi relictam credat. Ut sicut olim sub Alfonso, & Henrico Patre è Gallia ad regnum primò erigendum auxilium adfuit, modo Serenissimo Regi Joanni IV. ad illud denuò stabiliendum alto sane consilio adest illustrissimus parens tuus, à Gallicis illis hominibus sanguinem deducens, ac virtutem: cui te post longissimum superstitem tempus ad paria, imo & maiora peramica servent fata.

Vale.

† 3 *Franciscus Pinheiro*

AD LECTOREM.

Libet, optime Lector, hujus à me edendi operis tibi rationes exponere. Inter alios contractus, quos in Eborensi Academia, dum magistrum agerem Theologiæ, meis explicavi auditoribus, peculiari cura, & diligentia ad Emphyteuticum plene enucleandum incubui: quod viderem non satis pro materiæ difficultate, & utilitate à Doctoribus inculcatum. Nam licet multorum in eo desudarent ingenia, unus tantum D. Franciscus Caldas Pereira de eo plene scripsit, & quidem per plures tomos, non vulgari eruditione, at tam diffuse, tam rigido, immitique stilo, ut non modo imbecilla tyronum ingenia, sed etiam veteranorum, assidua lectione, & studio attrita, illum vix pati posse videantur. Ea propter duo mihi in hac materia pertractanda, ante omnia proposui; alterum pro utilitate, ut nihil de ea ommitterem, quod usui esse posset: alterum pro difficultate, ut illius asperitatem, & duritiem ipso mihi familiari stilo, difficillimis Theologiæ quæstionibus, annos supra 30 assueto, quoad ejus fieri posset, emollirem, ac discipulorum captui attemperarem. Utrumque me assecutum passim asseverabant, qui vel discendi, vel experiendi studio, codices ipsos, ut à discipulis fuerant conscripti, curiose perlegerant. Quo circa à multis viris doctis sæpe fui interpellatus, ut hanc tractationem typis mandarem: id enim è publica re fore non dubitabant. Diu nihilominus abnui: cum ob alias causas, tum præsertim, quod ipsummet opus pro solo discipulorum usu elaboratum ampliorem lucem quodammodo refugiebat; neque unquam mihi in animo fuerat propria scripta in publicum dare, cum probe scirem, plenum id esse opus aleæ. At cum potentiores iterum, ac sæpius instarent amici: annui tandem, eorum magis voluntati, quam propriæ, aut voluptati, aut gloriæ velificari studens. Visum autem fuit simul edere, atque in eundem conjungere tractatum, opellam aliam de Censu, quam nuper eisdem auditoribus tradideram: tum ob similitudinem, quæ inter Censum, & Emphyteusim intercedit, quæ tanta est, ut nisi utriusque naturam, & conditiones calleas, proclive sit, ut eos inter se confundas: tum etiam, quia cum minimè de prelo cogitarem, solumque discipulorum commoditati consulerem, non licuit calamo in ulla aliqua materia adeo libere excurrere, ut justum redderet volumen, nisi plures conjungerentur: quapropter ipsa emphyteuticæ tractationis dignitas postulare videbatur, ut non sola in publicum prodiret, ne si absque decenti comitatu pusillo in corpore appareret, despicatui forsan haberetur; cum plerique scribentium labores, non tam ex ipsa eorum præstantia, & usu, quam ex mole, & apparatu voluminum æstimare soleant.

En, Lector optime, quæ me ad hoc qualequale opus in lucem proferendum impulerunt, superest modo, ut illud tuo benevolo, ac faventi digneris aspectu. Quod si præstiteris, hoc ipso mihi animos facies ad alia, quæ nõ pauca apud me jacent scripta evulganda. Et inprimis tibi spondeo longe operosiorem tractatum de Testamentis, qui prelo jam pene maturus id potissimum expectat, ut ex tua circa hunc approbatione, vel censura, suam possit fortunam discere. Nec vero mihi Theologo Iuris succenseant professores, quasi in propriam ipsorum messem falcem mittam, dum materias aggredior, quæ potissimum ab ipsa Iuris prudentia, & legum interpretatione depromuntur. Nam ut omittam, quod facile penetrant ad inferiora, quibus ad superiora est aditus, & non debet, cui plus licet, id quod minus est, non licere, ut jus ipsum in regulis suis habet nulla profecto sunt leges, nulla jura, quorum inspectio

à Theo-

à Theologis aliena censeri possit, cum ex ea saltem parte, qua naturalem pariunt obligationem, ad forum animæ pertineant, in quo Theologi potius judicium quæritur, & scientia spectatur. Iam verò, quòd in hoc scribendi genere magis ad Iuristas accesserim, quam ad Theologos; quorum plerique has juris materias, aut omnino prætermittunt, aut leviter tantum attingunt; id mihi invidiam parere non debet, sed potius gratulationem; & amorem utrorumque: juristarum quidem, quando me illis exhibeo familiarem, & ejusdem, qua Theologo fas est, professionis sectatorē: Theologorū verò, cùm eorum tuear jura, & meo forsan periculo viam illis substernam ad gloriam, quam profectò non mediocrem sibi comparabunt, si non sola rerum divinarum speculatione contenti in hoc etiam moralis doctrinæ genere ita eminearit, ut ad justum, & rectum internoscendum aliena luce non indigeant; imò ipsi cæteris facem præferant. Illud denique pro excusandis vitijs, quæ multa non dubito in hoc opere deprehendes, te monitum vellem; ut memineris, illud non ab Angelo, sed ab Homine confectum esse; atque ut benignè à te excipi, ac foveri debeat; satis esse, quod aliqua in eo reperiantur bona; cùm vix, aut ne vix quidem, humanæ opis sit quidquam sic elaborare, atque ad perfectum exigere, ut de eo usurpari non possit, quod in sua ipsius Epigrāmata scribere non dubitavit Martialis: sunt bona quædam, sunt quædam mediocria, sunt mala plurima. Ergo si qua bona in hoc opere inveneris, gratiam habe, non mihi quidem, sed Deo, à quo bona cuncta procedunt; si qua verò mala, vel non bona, mihi tribue, sed excusa. Vale.

Iur. dub., fide reg. jur.

† 4 *Facultas*

Facultas Patris Provincialis Societatis IESV Provinciæ Lusitanæ.

FRanciscus de Tavora Societatis JESU, Provincialis Provinciæ Lusitanæ, authoritate mihi cõcessa à Reverendo admodum P. N. Generali Goswino Nichel, facultatem concedo, ut imprimi possit tractatus de Censu, & Emphyt. compositus à P. D. Francisco Pinheiro ejusdem Societatis. In cujus fidem præsentes literas dedi manu propria subscriptas, & sigillo mei muneris munitas. Olysipone, 2. Julij, anno domini 1651.

Franciscus de Tavora.

DE mandato Dominorum Inquisitorum approbandum suscepi tractatum hunc de Censu, & Emphyteusi, à Reverendo Patre, ac Sapientissimo Doctore Francisco Pinheiro Societatis JESU, Eborensis Academiæ Primario Theologiæ professore, compositum; in quo nihil inveni Sacræ Fidei absonum, nihil rectis moribus dissonum; imo omnia ad probatissimæ Theologiæ trutinam, & juris utriusque legitimum sensum sic appensa, ut summã inde utilitatem, tum Theologis, tum Jurisperitis emanaturam, certo audeam polliceri. Quare dignum censeo, ut prelo in tantorum mandetur profectum. Eboræ, in Conventu S. Dominici, die ultima Maij, anno Domini 1651.

Fr. Antonius Vel.

JUssu sancti Senatus Fidei hujus Civitatis Eborensis, qua potui diligentia, perlegi tomum istum, qui dicitur *Tractatus de Censu, & Emphyteusi*, Authore R. P. Francisco Pinheiro Societatis JESU, in hac alma Eborensi Academia sacræ Theologiæ Doctore, & Primario professore meritissimo: nihilque in eo fidei, vel bonis moribus dissonum inveni; imo doctrinam in utroque foro solidam, Theologis pariter, ac utriusque juris professoribus perutilem, & necessariam; omnibus namque integer Theologus satisfacit: quare ut omnibus prodesse queat, dignissimum judico quod typis mandetur. Eboræ, in Conventu S. Dominici, die 22. Junij, anno Domini 1651.

Fr. Valerius à S. Raimundo.

Licença da Mesa Geral do S. Officio.

POdese tornar a imprimir o livro de Censu, & Emphyteusi, de que he Author o P. D. Francisco Pinheiro, & impresso tornarà para se conferir, & se dar licença para correr, & sem ella não correrà. Lisboa, 22. de Julho, de 1678.

Manoel de Magalhães de Menezes. Manoel Pemintel de Souza.
Manoel de Moura Manoel. Fr. Valerio de S. Raimundo.

Licença do Ordinario.

DAmos a licença, que pede. Evora, 17. de Junho, de 1678.

O Mestre Schola.

POr mandado de V. Magestade vi este livro, que o muito R. P. D. Francisco Pinheiro da Companhia de JESU fez, & intitula, *Tractatus de Censu, & Emphyteusi*, dividido em duas partes, com o cuidado, & circunspecção que pude, & conferindo as questoẽs, que nelle trata com as Ordenações do Reyno, & stylos das Casas, & Relações da Supplicação, & Porto, acho, que o livro não tem opinião, que offenda à Coroa, encontre Ordenações, ou stylos; antes pela maior parte se conforma com as communas, disputando com modo facil, & perceptivel, & que serà mais util para os que começão a julgar, & advogar; & que V. Magestade lhe pode dar a licença que pede para imprimilo. Lisboa, Janeiro 10. de 653.

Gaspar de Lemos Galvão.

Licença da Mesa do Paço.

POdese Imprimir vistas as licenças do S. Officio, & Ordinario, & depois de impresso tornarà a esta mesa para se conferir, & taxar & sem isso não correrà. Lisboa, 19. de Agosto, de 1678.

Carneiro. Roxas. Bauptista. Monsinho.

VIsto estar conforme com seu original, pode correr este livro em titulado Censu, & Emphyteusi, author o P. Francisco Pinheiro da Companhia de JESU. Lisboa 18. de Septembro de 1682.

Manoel Pimentel de Souza. Manoel de Moura Manoel. Fr. Valerio de S. Raimundo.
João da Costa Pimenta. O Bispo Fr. Manoel Pereira. Bento de Beja de Noronha.

TAixão este livro em nove tostois em papel. Lisboa 24. de Septembro de 1682.

Roxas. Basto. Rego. Noronha. Ribeiro.

TABULA

OMNIUM TITULORUM, QUI IN HOC TRACTATU CONTINENTUR.

PRIMA PARS

De Censu.

DISPUT. I.

De Censu secundum rei naturam spectato.

† 5 Quam-

DIPVT. II.

De conditionibus, quæ jure pontificio requiruntur, ut Census validè, ac licitè constitui possit.

SECVNDA PARS

De Emphyteusi.

DISPUT. I.

De natura, & partitione Emphyteusis.

DISPVT. II.

De rebus, quæ dari possunt in Emphyteusim.

DISPVT. III.

De melioramentis, & incrementis, quæ rei emphyteuticæ accedunt.

DISPVT. IV.

De subjectione, & obligationibus, quibus emphyteuta respectu domini adstringitur. Vbi de pensione, laudemio, &c.

DISPVT. V.

De ſucceſſione in Emphyteuſim.

DISPVT. VI.

De nominatione ad Emphyteusim.

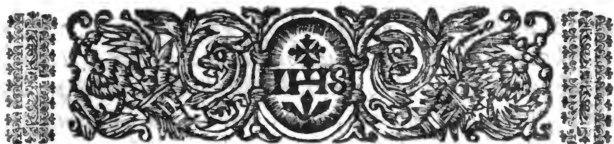
DISPVT. VII.

De renovatione Emphyteusis.

Sect. 1.

DISPVT. VIII.

De extinctione Emphyteusis.



PRIMA PARS DE CENSU.

N Censuali contractu explicando magna curâ scholastici Doctores desudarunt, & quidem satis utiliter, cùm usu frequentissimus sit, & magnas pro utroque foro difficultates involvat. Itaque de illo agunt interpretes juris civilis in l. ad hac, & l. si ex pactione. C. de usuris, ubi Bart. Angel. Salic, & l. si pater puella, C. de inofficioso testamento, ubi Cynus, Baldus, Alex, & Iason, quibus adde Paulum Castrensem in l. de fidei commisso, C. de transactionib. Canonista ad cap. in civitate de usuris, ubi Innocentius, Hostiens. Ioan. Andr. Butrius, & alij. Navarrus in manuali cap. 17. *à n.* 234, *& in commentar. de usur. ad cap. si feneraveris* 14. *q. 3. à n.* 69. *Covar.* 3. *variarum resolutionum cap.* 7. 8. *&* 9. *Felicianus de Solis peculiari Commentario de hac materiâ, Ludovicus Censius integro etiam volumine, Virginius de Boccatio, Ludov. d' Avendan. & Federicus Martin. per integros tract. Leonardus Duard. juxta etiam volumine super constit. Pij V. de creandis Censibus. Honoratus Leotardus latissimè in suo libro singulari de usuris, & contractibus usurarijs coercendis, à quæst.* 41. *usque ad* 68. *& alij. Ex Theologis, Conrad. de contractibus à quæst.* 72. *usque ad* 86. *S. Antonin. p.* 2. *tit.* 1. *cap.* 8. *à* §. 11. *usq; ad* 16. *Joannes Medina C. de reb. per usuram acquisitis, q.* 11. *& seqq. Sotus lib.* 6. *de justitia q.* 5. *Valentia tom. 3. disp. 5. q.* 22. *Azor p. 3.*

 lib.

lib. 10. *Molina tom.* 2. *de justitia à disp.* 381. *Lessius lib.* 2. *c.* 22. *Rebel.* 2. *p. de obligat. just. lib.* 10. *Joannes de Salas in* 2. 2. *D.Thomæ de contractibus peculiari tract. de Censibus,& multi alij,præsertim recentiores Summistæ antiquiores, verb. usura. Eodem igitur studio, totam hujus contractûs materiam maiori, quâ poterimus diligentiâ, in præsenti exponemus: non quidèm tam latè, sicut qui integros de illa tractatus edidere; neque tam strictè, sicut multi, ac præsertim Theologi fecerunt: sed mediam quandam tenentes viam, sic omnia ex Theologica methodo attemperabimus, ut nec deficiamus in necessarijs, nec superfluis studiosum lectorem gravemus. Ac primò quidèm agemus de Censu secundùm rei naturam spectato: Deinde de conditionibus, quæ jure Pontificio ad illius creationem, ac licitum usum postulantur.*

DISPUTATIO PRIMA.

De Censu secundùm rei naturam spectato.

SECTIO PRIMA.

Quid, & quotuplex sit Census, & quam contractûs rationem participet?

SUMMARIUM.

Vocabulum Census variè usurpatur num. 1.

Proponitur, & explicatur definitio Censûs, prout in præsenti materiâ à Doctoribus accipitur ibid.

Dividitur Census in Reservatium, & Consignativum: & quæ sit propria ratio Censûs Reservativi? n. 2.

Bulla Pij V. de creandis Censibus, non procedit de Censu Reservativo. Unde huic Censui potest apponi pactum legis commissoriæ. Secluso verò tali pacto, non incidit in commissum, qui pensionem non solvit. num. 3.

Census Reservativus quamvis habeat similitudinem cum Emphyteusi, in multis tamen ab illo differt: & quid potissimùm attendendum sit ad illum dignoscendum, & distinguendum ab Emphyteusi? n. 4.

In dubio: an contractus fuerit Emphyteuticus, vel Censualis? Quid censendum. n. 5.

Censûs Reservativi exiguus est usus, præterquàm in beneficijs Ecclesiasticis, in quibus sæpè reservatur aliqua pensio num. 6.

In Censu Reservativo secundùm se spectato nullum est periculum usuræ. ibid.

Si in Censu Reservativo admisceatur emptio, aut permutatio, debetur gabella, & quomodò? ibid.

Nomine Censûs simpliciter dicti solùm venire solet Consignativus, de quo tantùm in præsenti materia agendum est. n. 6.

Qui Census dicatur Consignativus: & quàm variè dividatur? n. 7. 8. *&* 9.

Obligatio, quæ oritur ex Censu Reali, non transit ad hæredes debitoris, nisi res Censita ad illos deveniat? n. 10.

Quando plures res eidem Censui subjiciuntur, si tales res ad plures possessores deveniant, quilibet in solidum tenetur

ad

ad talem Censum solvendum. n. 11.

Census Consignativus ordinariè constituitur per contractum emptionis, & venditionis, vel permutationis; & tunc ex illo debetur gabella. n. 12.

Contractus Censualis est Nominatus, & bonæ fidei, utpotè quædam peculiaris emptio, & venditio. n. 13.

Non tamen perficitur solo consensu, sed re. n. 14.

Utrùm sit necessarium quòd fiat per scripturam publicam? Et cujus expensis illa facienda sit? ibid.

OMissâ multiplici acceptione vocabuli, *Census*, quod interdum usurpatur pro patrimonio, interdum pro æstimatione bonorum, secundùm quam tributum est solvendum, interdum pro ipso tributo ex facultatibus Censitis, interdum pro annuâ, vel menstruâ pensione, aliquâ de causâ alteri solvendâ; quas significationes optimè præ alijs explicant Covarruvias *lib. 3. variarum cap. 7. n. 1.* Valascus *de jure Emphyt. q.* 32. Molina *tom. 2. disp.* 381. *n.* 1. & Solis *in proæmio sui Commentarij de Censibus à n.* 4. Proprijssimè hoc loco ex usu Doctorum, & scholarum accipitur pro jure percipiendi quotannis aliquid ex rebus alterius. Unde in hunc modum describitur à Lessio *lib. 2. de justitiâ cap. 21. dubio 1. n. 2.* Census *est jus percipiendi annuam pensionem ex re, vel personâ alterius*: quam definitionem cæteri omnes admittunt, & si verbis aliquantulum discrepent. Dicitur, *jus*, quia Cẽsus non est res, quæ Censui subjicitur, nec ipsa pensio annua, quæ solvenda est, licet interdum pro illâ etiã accipiatur, sed jus exigendi pensionẽ ex re Censui obligatâ; cui juri respondet in altero obligatio solvendi. Additur *ex re alterius*, quia nemo ex re suâ percipit Censum, quanvis fructum, & pensionem capere possit, ut ex re in Empyteusim datâ, cujus dominium directum retinet; *vel personâ alterius*; quia etiam super solâ personâ hoc jus constitui potest, ut ex dicendis constabit. Is autem, qui tale jus habet ad pensionem sibi solvendam, dicitur à Doctoribus Censualista, qui verò jure illo tenetur, ut pensionem solvat, Censuarius.

Dividitur Census generatim acceptus in *Reservativum, & Consignativum.* 2
Reservativus dicitur, cùm quis rem suam omninò, etiam quò ad dominium directum, in alium transfert, reservando sibi annuam pensionem super eâdem re. Talis fuit, quem Joseph Patriarcha constituit in omnibus Ægyptiorum possessionibus, præterquàm Sacerdotum, cùm illas emptas, & subjectas dominio Pharaonis Ægyptijs instituit, ut habetur *Genes. 47. n.* 24. In jure autem civili nulla de hoc Censu fit mentio, ut testatur Molina *disp.* 385. *sub num.* 12. quanvis satis videatur approbari in in *L. ultima Cod. de rerum permutatione*, ubi dicitur, concedentes alteri bona sua cum pacto, ut accipiens teneatur illi solvere aliquid annuum, vel menstruum, posse agere præscriptis verbis ad talem pensionem. Censeri que debet ejusmodi contractus inter Innominatos, ut advertit idem Molina *disp.* 381. *num.* 9. Nec dubito, quin sit etiam stricti juris, quales sunt omnes Innominati, excepto primo, *Do, ut des*, postquàm ex alterâ parte impletus est; quâ de re diximus satis tractatu de contractibus in genere *disp. 1. sect. 2. & disput. 6. sect.* 3.

Neque verò de hoc Reservativo 3
Censu procedit Bulla Pij V. *de creandis Censibus*, ut notant Molina *disput.* 381. *n.* 6. *Less. d. cap. 22. dubitatione 2. n.* 4. & alij. Unde in contractu, quo talis Census reservatur, apponi potest pactum legis commissoriæ, id est, ut res super quâ constituitur, cadat in commissum, & redeat ad priorem dominum, si intra certum tempus pensio ei non solvatur, ut præter proximè

citatos Doctores docent Covar. 3. *variarum cap. 7. num.* 1. Valasc. *de jure Emphyteutico quæst.* 32. *n.* 31. Honoratus Leotardus *de usuris coercendis quæst.* 41. *n.* 4. ubi testatur de communi sententia, & alij, quidquid in contrarium arguat Felicianus Solìs in dicto proæmio operis *de Censibus n.* 24. quem bene refellit Leotard. loco cit. nam, cum dominus liberè de re sua possit disponere *l.* 48. *ff. de probation.* non est cur eam transferre non possit in alterum cum onere talis commissi; idque sive res concedatur sub Censu Redimibili, sive Irredimibili: secluso autem hoc pacto, non cadet debitor talis Censûs in commissum pensionem non solvendo, etiam si jurejurando promisisset eam solvere, ut bene probat Molina citatus, & cum multis alijs Solìs *in dicto proæmio de Censibus n.* 26. *& seqq.* contra nonnullos oppositum existimantes, quando debitor juramẽto se obstrinxisset.

4 Ex quibus colliges licet contractus, quo ejusmodi Census reservatur, aliquam similitudinem habeat cum Emphyteusi, in multis tamen ab ea differre. Primò enim differunt, quia in Emphyteusi solùm transfertur dominium utile; in hoc autem tam utile, quàm directum, reservato solo jure ad annuam pensionem ex re percipiendam, quæ differentia est maximè propria, & essentialis hujus contractûs; ad quam potissimùm attẽndendum est ad illum dignoscendum, & distinguendum ab Emphyteusi. Unde, si in celebratione contractûs dicatur concedi aliquid in Emphyteusim; cum translatione totius juris, quod concedens in re habebat, contractus non evadit, nec cencendus est Emphyteuticus, sed Censualis: & è contra si dicatur concedi rem ad Censum Perpetuum, cum reservatione dominij directi, non est contractus Censualis, sed Emphyteuticus. Neque enim ad verba, sed ad mentem contrahentium, atque ad ipsam contractûs substantiam, attendendum est. Secundò differunt, quia in Emphyteusi, si non solvatur pensio per biennium, quando est Emphyteusis Ecclesiastica, vel per triennium, quando est sæcularis, incidit Emphyteuta in commissum, & amittit dominium utile, quod tunc ipso jure, consolidatur cum directo: hoc autem non evenit in hoc Censu, nisi expressè de hoc pactum sit inter partes. Tertiò denique differunt, quia Emphyteuta non potest rem vendere, irrequisito domino directo (aliàs cadit in commissum) & præterea ex pretio tenetur ei solvere laudemium: ad neutrum autem tenetur debitor ejusmodi Censûs. Has differentias tradunt Molina *dicta disput.* 281. *num.* 3. Less. *dicta dubitatione* 2. *n.* 5. & cæteri communiter, inter quos latissimè Solìs *in dicto proæmio de Censibus n.* 11. 17. *&* 26.

Quòd, si de aliquo particulari contractu dubitetur, num sit Emphyteuticus, an Censualis, quia ex clausulis, & modo, quo res fuit concessa, non colligitur uter eorum sit? tunc ex alijs circunstantijs occurrentibus res est dejudicanda: ut si in ea regione frequens admodum sit Emphyteusis, non verò Census Reservativus, præsumendus est contractus Emphyteuticus, secùs verò si Census Reservativus sit frequens, non verò Emphyteusis. Sic Molina supra *num.* 8. cum Valasco *dicta quæst.* 32. *num.* 35. Si autem nihil appareat, unde in hanc potius partem, quam in illam judicium propendeat, quidèm existimant censendum esse Emphyteusim in favorem ejus, qui rem concessit. Alij tamen, inter quos Navarrus *in commentar. cap.* 1. 14. *quæst.* 3. *num.* 109. Covar. 3. *variarum cap.* 7. *num.* 1. Azor *part.* 3. *lib.* 10. *cap.* 3. Valasc. Molin. sup. *&* Fragos. *tom.* 3. *disp.* 9. §. 1. *n.*12. censent judicandũ potiùs in favorem possidẽtis esse contractũ Censualẽ; quia in dubio melior 5

melior est conditio possidentis; neq; plus gravaminis illi est imponendum, quã verò similiter eum habere constat: adduntq; omnes citati Doctores hoc procedere, sive qui rem concessit, sit Ecclesia, sive aliquis privatus, estò nõnulli in favorem Ecclesiæ contra possidentem judicandum esse contendãt. Eandem sententiam principalem tenet Salas *de Censibus, dub. 35. num. 1. & seqq.* ubi cum alijs addit, quod in dubio, an Censûs sit reservativus, vel cõsignativus, censendus est reservativus: & quod consignativus censendus etiã in dubio potius redimibilis, quàm irredimibilis, licet hoc negent Covar. & Anton. Gom, quos refert.

6 Census reservativus, de quo hactenus, frequens est, pro suo modo, circa beneficia Ecclesiastica, quæ sæpe conceduntur, reservata pensione annua; ac de illo, ut sic agitur *in cap. constitutus, de Religiosis dom bus.* Circa res verò temporales valde rarus est, nec circa illum est difficultas alicujus momẽti, si per se, ac secundùm suam naturã spectetur. Est enim hujusmodi contractus omnium, tum Theologorum, tum Juristarum calculo approbatus: neque ulla in eo potest delitescere usura, ut bene post alios advertit Leotard. *d. q. 41. sub. n. 20.* Et solùm poterit continere injustitiam, si reservetur, & exigatur maior pensio, quã res concessa ferre possit. Si autem spectetur simul cum pactis, & cõditionibus, quæ illi adjici poterunt, multæ juxta talium conditionum varietatem possunt esse quæstiones, & casus dubitabiles, quõrũ aliquos ad materiam de usuris spectãtes excitat, & resolvit idem Leotard. *d. q. 41. n. 23. & seqq.* In ordine etiam ad gabellam considerari solet, num tali contractui admista sit emptio, vel permutatio, aut aliud pactum: nam si aliquis pro pecunia, vel merce aliqua prædium daret, cum reservatione annuæ pensionis, gabellam utique deberet, ratione talis emptionis, vel permutationis, non autem ratione ipsius Censûs, aut pensionis, quæ non emitur, aut permutatur, sed reservatur. Item, si in reservatione hujus Censûs adjiciatur pactum de pensione redimenda certo aliquo pretio, gravis difficultas est, an ex tali pacto, vel redemptione, & extinctione ipsius Censûs debeatur gabella, & cuinam gabellario solvenda sit? Cæterùm, cum hoc ad materiam de tributis pertineat, nec brevi expediri possit, non oportet, ut eò nunc divertamus. Si quis resolutionem hujus difficultatis desideret, consulat Lassarte *de decima cap. 10. à num. 46.* Molinam *disput. 382. à num. 3. & in simili,* Covarruu. *3. variarum cap. 11.* Nobis verò circa Censum reseruativum satis sit prædicta annotasse, nec amplius de illo in hòc tractatu agemus, sed tantùm de Censu consignativo statim explicando, qui est valde usitatus, & multas involuit difficultates, solusque nomine, *Census*, simpliciter dicti venire solet; unde quæ deinceps dixerimus circa Censum absolutè, de solo consignativo accipienda sunt, quanvis aliqua reservativo etiam conveniant.

Consignativus ergo Census, omissis alijs definitionibus, & longa circa eas disputatione, quam parùm utiliter texit Leotardus *dicto tract. de usuris; quæst. 42. per tot.* dicitur, & est, quando quis super bonis suis, vel super sua persona, jus pensionis annuæ alteri consignat, seu concedit. Hic dividitur multipliciter, primò ratione materiæ in *Realem, Personalem, & Mixtum.* Realis est, qui super re aliqua fundatur, ita ut ex ea pensio debeatur: unde duplex ex illo insurgit obligatio. Prima in re ipsa, quæ in se manet obligata, ut pensio ex illa solvatur, ita ut in quemcunque ipsa res transferatur, semper sit obnoxia tali pensioni ex ea solvendæ, donec lègitimè redimatur. Secunda in eo, cujus illa res 7

est, nam onus, & obligatio rei in dominum redundat. Personalis est, qui constituitur immediatè super personâ, quæ se ipsam obligat ad pensionem solvendam. Huic solùm respondet obligatio in ipsâ personâ, etiam quando simul res aliqua hypothecatur, ut interdum fit, quia talis hypotheca non oritur ex vi contractûs Censualis, sed ex alio contractu superaddito ad securitatem prioris: unde ex re hypothecatâ non est solvenda pensio, nisi in casu, quo persona obligata solvere non possit. Mixtus est, qui constituitur super re, & super personâ immediatè, ita ut, licet res pereat, persona tamen maneat obligata. Quod secus evenit in Censu merè Reali, ut infra ostendetur.

8 Secundò dividitur ratione pensionis, tum in *Fructuarium*, ex quo debentur fructus, ut frumentum, oleum, & cæt. & in *Pecuniarium*, ex quo debetur pecunia; tum in *Certum*, & *Incertum*. Certus est, cùm in pensionem constituitur determinata quantitas fructuum, vel pecuniæ. Incertus est, cùm costituitur indeterminata, ut verbi gratiâ, tertia, uel quarta pars fructuum.

9 Tertiò dividitur ratione temporis in *Perpetuum*, & *Temporarium*. Perpetuus subdividitur in *Redimibilem*, & *Irredimibilem*. Temporarius verò in eum, qui constituitur pro tempore certo, ut verbi gratia, pro decem, aut viginti annis; & in eum, qui pro tempore incerto, ut ad vitam unius, vel plurium hominum, qui *Vitalitius* dicitur.

10 Has omnes divisiones, & species Censûs Consignativi latiùs tradit, & explicat Molina *disp.* 383. ubi potissimum declarat obligationem, quæ oritur ex Censu Reali, ex quâ bene contra Covar. ostendit non dari actionem adversus hæredes ejus, qui Censum védidit, si res ad eos non transivit, sed tantùm adversus eos, qui ipsam rem possident, sive titulo hæreditatis, sive aliquo alio ad illos pervenerit, quia talis res ex vi contractûs Censualis nõ subjicitur propriæ hypothecæ pro securitate pensionis solvendæ, ut Covarruu. & quidam alij existimarunt, sed cuidam quasi servituti, & oneri, quod illi est affixum, eamq; comitatur, ad quemcunque possessorem transeat, ut pensio ex illâ solvatur, quod etiam cum alijs docet Valascus *de jure Emphyteutico q.* 32. *num.* 14. & Lassarte *de decima venditionis cap.* 10. *à n.* 14. latiusq; infra declarabitur *sect.* 7. §. 4. *n.* 120. *& seqq.* Unde non sunt in hoc Censu servandæ leges hypothecæ, quæ habent, ut, licèt res in tertium possessorem transeat, vel omninò pereat, debitor tamen, & ejus hæres à debito solvendo non liberetur. Exquo ulteriùs infert idem Valascus *dicto n.* 14. *in fine*, non posse emptorem hujus Cẽsûs agere adversus venditorem, qui rem Censualem non possidet, nisi in casu evictionis, vel in subsidium, juxta Authenticam, *sed & periculum Cod. sine Censu.* Item possessorem prædij Censualis teneri pro præterito Censu, seu pensione antea non solutâ, ex *L. Imperatores Cod. de publicanis, & vectigalibus*, sicut de pensione Ecclesiasticâ scribit Gigas *de pension. q.* 43.

Utrùm autem quandò prædictus Census super pluribus rebus constitutus est, verbi causâ, super duobus, aut tribus prædijs, quæ ad plures singulares possessores devenerunt, quilibet eorum teneatur in solidum ad pensionem solvendam, vel solùm ad partem pro rata rei, quàm possidet? Aliquibus placet hoc secundum, quòd videatur magis conforme æquitati. Nihilominus ex conjecturatâ mente cõtrahentium, quæ ante omnia in contractibus est inspicienda *L. finali Cod. quæ res pignori obligari possint*, singulos in solidum teneri, & conveniri posse, docent probabilius Navar. *in comment. cap. primi* 14. *q.* 3. *n.* 114. Valasc. *dicta q.* 32. *n.* 15. affirmans ita quandoque judicatum 11

catum

catum, & Molina *disp.* 383. *num.* 13. Ea enim videtur esse intensio contrahentium, quando plura prædia Censui subjiciunt, ut melius prospiciatur emptori: quod secus eveniret, si à pluribus pro ratâ pensio esset exigenda, cùm solutio, & exactio partium sæpè non minima incommoda habeat. *L.* 3. *ff. familia erciscundæ.* Unde quo ad hoc eodem modo se habent res Cēsui subjectæ, atque hypothecatæ, quarum quælibet in solidum tenetur ad integram debiti solutionem, *L. moschis*, ubi Glossa, & receptior sententia (quanvis multis contrarium tenentibus) *ff. de jure fisci.* Idem cum proportione dicendum, quandò prædium Censui subjectum ad plures transit, id est, quemlibet eorum ad totam pensionem teneri, ut probat idem Valascus, quia totus fundus, & quælibet ejus pars oneri Censuali subjicitur, & quod ad plures successores devenerit, non debet cedere in perjudicium ejus, cui pensio solvenda est, argumento textûs in *L. si consensit* §. *ultimo ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur*, *& in L. is, qui fundum* 31. *ff. de usu, & usufructu legato*, *& in L. cum possessor, in principio ff. de Censibus*, *& ex regulâ in L.* 2. *Cod. si unus ex pluribus.* De hac re iterum recurret sermo *sect.* 7. §. 3. ubi plures Doctores in utranque partem reperies.

12 Omnes species, & obligationes dicti Censûs Consignativi, licet constitui possint donatione, tum inter vivos, tū causa mortis, item legato, vel fidei cōmisso, & quovis alio simili titulo, quo quis alteri tribuat jus ad annuam pensionem ex re, vel personâ propriâ, aut sui hæredis percipiendam, ut rectè notat Molina *disp.* 383. *n.* 1. & latè per plures discurrens titulos, pluresque Doctores referens Leotard. *tract. de usuris q.* 43. *per tot.* tamen ordinariè cōstituuntur contractu oneroso emptionis, & venditionis, aut permutationis, quo quis pro pecuniâ, vel merce aliquâ ab altero acceptâ illi consignat, ac tribuit jus in suis bonis, aut personâ, ad aliquid annuum, vel menstruū, aliumvé reditum percipiendum, qui contractus propriè dicitur Censualis, licet re verâ nihil aliud sit, quàm quædam peculiaris emptio, & venditio, aut permutatio; unde ex illo debetur gabella, sicut ex alijs emptionibus, aut permutationibus; circa quam, quomodò, quando, & cui debeatur, videri potest Molin. *disp.* 384, & Lassarte *de decima venditionis*, *cap.* 10. *à n.* 4. Atque de hoc tantùm contractu procedit celebris Bulla Pij V. *de creandis Censibus* ut bene cum alijs advertit Leotard. *d. q.* 43. *n.* 12.

Existimant verò aliqui hunc contractum esse Innominatum, quod juxta Baldum *in cap. ultimo, de causa possessionis*, *& proprietatis*, *& in rubricâ Cod. de rerum permutatione n.* 2. omnis contractus introductus consuetudine, est innominatus: hic autem consuetudine introductus fuit. Nihilominùs hanc Baldi sententiam communiter explodi, & hunc contractum nominatum esse, tradunt relatis alijs, Solìs *in proæmio commentarij, de Censibus n.* 7. & Rebel. *p.* 2. *lib.* 1. *q.* 1. *n.* 16. & meritò, siquidem habet specificum nomen, & formam, & re ipsa est quædam species emptionis, quæ est contractus Nominatus. Unde notat etiā bene Leotard. *de usur. q.* 65. *n.* 19. hunc contractum esse bonæ fidei: qualis est emptio, & venditio, *Inst. de action.* §. *actionum*, *l.* 2. *in fine*, *ff. de action. & oblig.* 13

In eo tamen hic contractus ab alijs emptionibus, & venditionibus maximè differt, quòd aliæ per se, ac regulariter loquendo, solo consensu perficiūtur: hic autem contractus perficitur re, seu traditione rei, quia in primis ex parte venditoris statim necessariò traditur res vendita, nempè jus ad annuam pensionem, quod in hoc cōtractu venditur, & statim emptori acquiritur. Deinde ex parte emptoris ne- 14

cessariò etiam debet statim solvi pretium; neque sufficit fides de illo postea solvendo, non solùm ex *Bulla Pij V*, quæ statuit, ut contractus sit nullus, nisi fiat, numerata pecunia coram notario, aut ex consuetudine, quam supponere videtur Martinus V. *in sua Extravaganti hac de re*, sed etiam ex ipsa hujus contractûs natura, ut relatis alijs tradunt Solis *in commentar. de Censibus lib. 1. cap. 8. n. 11.* & Rebel. *supra n. 21.* contra Scotum, *lib. 6. de justitia q. 1. art. 5.* Tum quia hic contractus inventus, & introductus est in favorem venditorum, ut per eum in præsentibus, & valde urgentibus necessitatibus præsentaneum pecuniæ subsidium haberent, cum minimo suo incommodo, non venditis, aut alio modo alienatis simpliciter rebus suis, sed tantùm ad aliquam pensionem obligatis. Tum quia injustum est, ut quis accipiat reditum pecuniæ, quam non solvit: hoc enim esset merum lucrum captare ex emptione Censûs, cũ custodia rei censitæ, & principale periculum ad venditorem spectet, & ita, dum pretium non solvitur, commodum sit emptoris, labor autem, ac totum ferè periculum, sine ullo commodo, venditoris; quod non ita evenit in venditione aliarum rerum, pecunià credita.

Si petas: utrùm sit de necessitate hujus contractûs, quod fiat per publicã scripturam? Respondet Salon. 22. *disp. de Censib. art. 2. controv. 25.* & ex eo Salas *tract. de Censib. dub. 51.* esse de necessitate, ubi dicta Bulla Pij V. recepta est; cùm in ea pro forma requiratur, ut coram tabellione, & testibus in actu celebrationis instrumenti numeretur pecunia, quæ in pretiũ Censûs datur. Secus autem, ubi illa Bulla recepta non est, nec datur alia lex, vel consuetudo hanc solemnitatem, ut necessariam postulans. Addit præterea idem Salas *dub. 52.* cum Baldo, Cyno, Salic. Angelo, & alijs, ad emptoré Censûs spectare facere expensas pro illa scriptura, cùm hæc apud eum maneat, & ad probandum jus ejus spectet.

SECTIO SECUNDA.

Utrùm Census realis perpetuus, tam redimibilis, quàm irredimibilis, & tam fructuarius, quàm pecuniarius, licitè possit emi, solo naturali jure spectato? Et quodnam sit justum illius pretium?

SUMMARIUM.

Non posse emi ullum Censum realem perpetuum præsertim pecuniarum. n. 15.

Contrarium tamen vera sententia docet. n. 16.

Solvuntur argumenta in oppositum. n. 17.

Limitatur ab aliquibus prædicta sententia, ut solùm procedat de Censu antea per donationem, similemvè rationem constituto. n. 18.

Rejicitur hæc limitatio. n. 19.

Excluditur aliorum limitatio, qui existimarunt prædictam sententiam solùm procedere in Censu fructuario. n. 20.

Referuntur variæ sententiæ circa pretium Censûs irredimibilis. n. 21.

Reservantur plures aliæ opiniones circa pretium Censûs redimibilis: & quæ tandem videatur probabilior? n. 22.

Non posse emi ullum Censum realem perpetuum, præsertim pecuniarium, hiscè argumentis probari videtur. Primò, quia Titius 15 talem censum emens dat, verbi causa, centum pro quinque sibi quotãnis solvendis ex aliquo prædio, & post elapsum tempus viginti annorum, cũ jàm recepta habeat illa centum, quæ dederat, adhuc deinceps exigit quotannis

tannis quinque, quod perinde est, acsi tibi daret mutuos centum aureos, cum onere, ut post viginti annos, illi ultra sortem solveres annuam pensionem quinque aureorum, quod est formalis usura, cui non obstat, quòd rem fructiferam ad hoc obligasses; cùm hæc se habeat per modum pignoris, aut hypothecæ ad securitatem solutionis, quod non tollet vitium usuræ. Secundò, quia in hoc contractu emitur pecunia quotannis solvenda: pecunia autem non emitur, sed datur mutuò; igitur si pecunia, quæ decursu temporis solvitur, tandem excedat summam, quæ prius data fuit, talis excessus ultra sortem recipitur ratione mutui, atque adeò iniustè, & cum vitio usuræ. Accedit tertiò, quòd, ut contractus sit justus, debet in eo servari æqualitas inter datum, & acceptum; hæc autem non servantur in emptione Censûs Perpetui, cùm id, quod datur sit aliquid limitatum, & finitum; pensio autem, quæ recipitur sit infinita, utpotè perpetuo in infinitum solvenda: ergo talis contractus saltem est injustus, esto usurarius non sit.

16 Contraria nihilominus sententia est vera. Eam ex Theologis tuentur Conradus *de contractibus q.* 79. Gabr. *in* 4. *distinctione* 15. *q.* 12. Richard. *quodlibeto* 2. *q.* 23. Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis q.* 12. Sotus *lib.* 6. *de justitia q.* 5. *art.* 1. Valentia *tom.* 3. *disp.* 5. *q.* 22. *punct.* 1. Molina *tom.* 2. *disp.* 385. *à n.* 8. Azor *parte* 3. *lib.* 10. *cap.* 4. *q.* 3. Less. *de justitia lib.* 2. *cap.* 22. *dubitatione* 3. *&* 5. Rebel. *parte* 2. *lib.* 10. *q.* 2. *& cæteri communiter.* Ex Juristis Navar. *in comment. de usuris in cap. si feneraveris* 14. *q.* 3. *n.* 69. *& seqq.* Covar. *lib.* 3. *variarum, cap.* 7. *n.* 2. Hostiensis, Abbas, Bartholus, Baldus, & alij innumeri, quos refert Azor *dicta q.* 3. Eandem sententiam latissimè, & satis acutè contra quosdam hæreticos tuetur solvendo illorum argumenta Leotard. *tract. de usuris in appendice quæstionis* 43. *per tot.* Probatur primò ex definitione Martini V. *in Extravaganti* 1. & Calixti III. *in Extravaganti* 2. *inter communes de emptione, & venditione;* qui definiunt contractum emptionis, & venditionis Censûs Realis, adhibitis quibusdam conditionibus ibidem expressis, justũ, ac licitum esse; & quanvis solùm ibi faciant mentionem de emptione Censûs Redimibilis, de quo tantùm fuerunt interrogati. Inde tamen efficax sumitur argumentum pro emptione Irredimibilis, modò pretium illi commensuratum constituatur; nam minus semper dubitatum fuit de emptione Censùs Irredimibilis, quàm Redimibilis, quòd hic maiorem præ se ferat speciem usuræ, quàm ille.

Secundò, quia ejusmodi Census est vendibilis, potestque illius emptione servari æqualitas; ergo citra usuram, & injustitiam potest emi. Consequentia patet. Antecedens probatur; quia in primis jus ad annuam pensionem, (in quo propria ratio Censûs consistit) est pretio æstimabile, atque adeò vendibile, sicut quælibet alia merx. Deinde potest pro illo dari pretium ejus valori proportionatum, nam licet tale jus sit perpetuum, atque adeò ad annuas pensiones in infinitum; tamen ejus valor, & pretium est finitum, & limitatum, quemadmodùm valor, ac pretium fundi, qui annuos fructus in perpetuum reddit; ergo quemadmodum potest emi fundus certo, ac determinato pretio, servatâ justitiæ æqualitate, ita potest emi Census Perpetuus super aliquo fundo, aut alia simili re fructifera, qui minùs quidem est, quàm integrum dominium talis rei.

Et hinc solvuntur facillimè argumenta proposita pro contraria parte. 17 Ad primum respondetur, in emptione Censûs non dari pecuniam pro ipsis annuis pensionibus immediatè, sed pro jure ad illas, nec esse contra justitiæ æqualitatem, quòd pro illo detur pre-

pretium minimè adæquans totam collectionem pensionum, quæ singulis annis solvendæ sunt, sicut diximus de pretio fundi, quod etiam non adæquat collectionem omnium fructuum ex illo in perpetuum colligendorum. Unde talis contractus est propriè emptio, nullaque in eo est usura, quæ foret in mutuatione pecuniæ, cum onore solvendi aliquid ultra capitale. Ad secundum respondetur similiter negando emi per talem contractum ullam pecuniam postea solvendam. Solùm enim emitur jus ad illam, vel ad aliam pensionem annuatim exigendã; quod jus legitimè emi, & vendi potest. Ad tertium respondetur falsum esse non posse dari veram æqualitatem in tali contractu; oppositum enim ostenditur in secundo fundamento communis sententiæ.

18 Aliqui antiqui Doctores propositam resolutionem admittunt in solo Censu antea constituto per donationem, aut legatum, similemvè rationẽ, ut per donationem, quâ dominus prædij alicui donasset jus percipiendi ex illo annuum reditum: hunc enim affirmant licitè, ac legitimè posse emi, secus autem in Censu, qui de novo per ipsam emptionem constituatur. Ita Henric. Gandavensis *quodlibeto* 8. *q.* 28. Salicetus *Authenticâ Ad hac Cod. de usuris*, Aretin. *consilio* 151. Decius *consilio* 123. Hostiensis, Butrius, & Joannes Andreas, *cap. in civitate de usuris*, & alij, quos refert Azor 3. *parte lib.* 10. *cap.* 4. *q.* 4. Eorum fundamentum est, quia, si Census, seu jus ad annuam pensionem nondum sit constitutum, nihil est, quod ematur; ergo, si des pecuniam pro eo constituendo de novo, nihil re verâ emis, neque emptionem celebras, sed verum mutuũ: unde cùm postea accepturus sis pensiones, quæ excedunt totam pecuniam, seu capitale, quod dedisti, usuram committis accipiendo aliquid ultra sortem, quod nullâ ratione cohonestari potest.

Nihilominùs etiam novum Censum licitè, & legitimè posse emi, & cõstitui per ipsam emptionem, omnes superius citati Doctores admittunt, estque verissima, & hodie apud omnes indubitata sententia. Probatur primò, quia in *Supracitatis Extravagantibus* Martini V. & Calixti III. dum approbant emptiones, & venditiones Censuum, non distinguitur inter antiquos, & novos, sed omnes in genere approbantur. Secundò, quia licita, & legitima est emptio servitutis, quæ de novo in aliquo prædio constituatur, ut nemo sanus desitebitur, & emptio usûs fructûs, qui de novo creetur, & deberi incipiat, ut constat ex *l. Necessario. §. ultimo ff. de periculo, & commodo rei venditæ*: ergo licita etiam est emptio novi Censûs, cùm tam Census, quàm servitus prædij, & ususfructus nihil sint aliud, quam quædam jura ad aliquid obtinendum, vel percipiendum. 19

Tertiò, & à priori, quia, ut aliquid licitè, & legitimè emi, & vendi possit, non oportet, quòd jam actualiter existat, sed satis est, quod existat in spe, vel sit in potestate venditoris illud creare, & tradere emptori: hac enim ratione potest hodie artifex vendere opera, quæ crastinâ die conficiet: in potestate autem volentis vendere Cẽsum nondum constitutum est creare, & tradere illum emptori, ut per se cõstat. Nam quilibet potest constituere, & tradere alteri jus super re, vel personâ suâ, ad annuam pensionem illi solvevdam, in quo jure ratio Censûs cõsistit; ergo licet demus tale jus nondum existere, quando novus Census venditur, id non tollit, quominùs legitimè vendi possit, quemadmodum Cẽsus antiquus antea existens. Dico; licet demus tale jus nondum existere, quia, quando Census Realis venditur super re jam existente, jus illud jam re verâ existit in ipso domino, qui constituendo Censum, nihil aliud efficit, quàm transferre in emptorem partem juris, quod

quod ipse vendens habebat ad fructus, vel pensiones ex tali re percipiendas. Et hinc manet solutum fundamentum contrariæ sententiæ.

20 Nonnulli etiam, quos tacito nomine refert Molina *disp.* 385. *num.* 14. existimarunt traditam principalem resolutionem limitandam esse, ut solùm procedat de Censu fructuario, id est, solvendo in fructibus rei super quâ Census constitutus est; non verò de Pecuniario; & videntur fundari, quòd emptio Censûs Pecuniarij sapiat potius mutuum, & usuram, quàm veram emptionem, cum pecunia emi non possit. Communis tamen, & vera sententia est Censum Pecuniarium emi posse super rebus fructiferis. Ita Conradus *de contractibus q.* 75. *&* 79, Joan. Medina *de rebus per usuram acquisitis q.* 18. *§. Secundo, idem patet*, Covar. 3. *variarum cap.* 7. *num.* 2. Valasc. *de jure Emphyt. q.* 32. *n.* 9. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 5. *sub n.* 36. & multis alijs relatis, Molina *disp.* 385. *n.* 14. Ratio est, quia non tantùm fructus, quos res Censita profert, sed etiam pecunia, & quodlibet aliud illis æquivalens, pro quo fuerint commutati, reditus illius censentur; ergo dominus talis rei non solùm potest constituere super illa jus, & obligationem ad fructus ex ea solvendos, sed etiam jus ad solvendam pecuniam illis æquivalentem, quod est verus Census Pecuniarius, & cum sit pretio æstimabile, ligitimè vendi, & emi potest, nec in tali emptione intervenit ratio mutui, & usuræ. Confirmatur, quia Martinus V, & Calixtus III. *in Extravagantibus supra citatis* approbarunt Census Pecuniarios, quales sunt plerumque, qui constituuntur super domibus, de quibus *in utraque Extravaganti* fit mentio.

21 Maior difficultas est in assignando justo pretio, quo ejusmodi Census emi potest, in quo magna est sententiarum diversitas; nam si Census sit Irredimibilis, nonnulli existimant justum ejus pretium esse ad rationem viginti pro uno, quod jure communi justum pretium fundi sit, quod fructus viginti annorum, deductis expensis, valent, juxta sententiam Glossæ *in Authent. Perpetua, ubi* Salicetus *C. de sacrosanctis Eccles.* quam esse communem tradunt Tiraq. *lib. de retractu. §.* 1. *glossa* 6. *n.* 19. Covar. *lib.* 3. *variarum cap.* 9. *n.* 5. Pinel. *in l.* 2. *C. de rescindenda venditione* 3. *p. cap.* 4. *& ultimo n.* 29. Menoch. *consilio* 383. *n.* 24. *volum.* 4. & alij apud Solîs infra citandum. Alij verò probabilius docent hac in re standum esse consuetudine, vel legibus patrijs, ita Covar. *dicto cap.* 9. *num.* 6. *vers. ex quibus colligitur*; Divus Antoninus 3. *p. tit.* 1. *cap.* 8. *§.* 14. & Alij, quos citat, & sequitur Solîs *lib.* 2. *de Censibus cap.* 1. *sub numero* 16. *§. quare visum est*: ubi addit frequentem esse consuetudinem in Hispania, ut ejusmodi reditus Irredimibiles emantur ad rationem triginta pro uno: quod etiam tradit Joan. Medina *cap. de rebus per usuram acquisitis q.* 14. *§. verùm statim*, & Molina *disp.* 385. *in responsione ad secundum*, ubi alias etiam opiniones refert, quæ minus pretium constituunt. Et quidem spectato jure communi justum pretium ejusmodi reditûs saltem infimum, aut medium, censeri debet ad rationem viginti quinque pro uno: nam hoc pretio præcipiũtur vendi annui reditus Ecclesiæ relicti, *Authent. de Ecclesiasticis titulis, collatione* 9. *cap.* 9. *in fine.* Satis etiam probabiliter scribit Lessius *lib.* 2. *de just. cap.* 22. *dub.* 14. quem sequitur Salas *tract. de Censibus dub.* 22. Optimè constitui pretium Censûs perpetui Irredimibilis ex proportione pretij aliarum rerum frugiferarum, ut agrorum, domorum, sylvarum, & similium, ut nimirum, quo pretio justè emeretur res frugifera, quæ, deductis expensis, quotannis reddat centum aureos, eodem, atque etiam minori, possit emi Census Realis Irredimibilis tantundem pendens.

22 Si verò Census sit redimibilis maior adhuc est pretiorum varietas juxta diversas opiniones, & locorum consuetudines. Apud Gallos enim justum pretium hujus Censûs esse ad rationẽ unius pro viginti, tradit Guido Papa *consilio* 180. idemque esse apud Germanos refert ex alijs Covar. *tom.* 2. *lib.* 3. *variarum resolutionum cap.* 10. *n.* 2. In aliquot autem Germaniæ civitatibus receptum esse, ut hi reditus emantur ad rationem quindecim pro uno; tradit Conradus *de contractibus q.* 84. & idem observari apud Gallos scribunt Rebufus *in comment. ad Constitutiones Gallicas tract.* 2. *de constitutione redituum art.* 1. *Gloßa* 1. *n.* 2. & Imbertus Rupellanus *lib.* 1. *forentium institutionum cap.* 34. qui etiam affirmant tolerari in eo regno emptionem hujus Censûs factam ad rationem unius pro duodecim, ut etiam testatur Tiraq. & Covar. supra. Apud Valentinos adeò varium esse hoc pretium, scribit Franciscus Garcia *de contractibus* 1. *parte, cap.* 4. *conclusione* 4. ut aliquando constituatur ad rationem unius pro viginti, aliquando ad rationem unius pro decem; quod ultimum pretium approbavit etiam Nicolaus V. *in quadam Constitutione eddita anno* 1452. *pridie Kalendas Octobris*, pro regno Siciliæ citra, & ultra Farum, ut observat Petrus Tollerius *in Pragmatica de Censibus, Gloß. dummodo annalis Census, in principio*, prout refertur à Solís *lib.* 2. *de Censibus cap.* 1. *n.* 18. In quibusdam etiam Hispaniæ partibus scribit idem Solís *n.* 19, constitui olim solere Census redimibiles ad rationem decimæ, in quibusdam verò alijs ad rationem duodecimæ, vel quatuordecimæ: hanc autem varietatem sublatam jam esse per Philipum II. in comitijs habitis Madriti anno 1563. ubi sancivit, ut annui reditus redimibiles non constituerentur, nisi ad rationem unius pro quatuordecim, quæ sanctio habetur hodie *in l.* 6. *titulo* 15. *libri quinti novæ recopilationis*, quod etiam refert Salas *d. dubio* 22. *n.* 3, ubi tamẽ addit constitutum postea fuisse à Philippo III, ut talis Census non posset emi, nisi ad rationem viginti in singula. In Lusitania verò ante annum 1615. constitui solebant ejusmodi Census ad rationem unius pro sexdecim, vel ad sex pro centum: postea verò editum, & promulgatum fuit speciale decretũ, quod ad verbum refert Phæbus 2. *p. decis.* 211. ut non possint de novo constitui, nisi ad rationem unius pro viginti, quod tamen jam nunc abrogatum est, saltem quo ad Census, qui non sunt, quos vulgò appellamus *juros*, & *tenças*, ut constat ex novo rescripto regio edito die 12. Octobris anni 1643. ad instantiam Algarbiensium, qui obtinuerunt, ut hi Census antiquo pretio emi possent. Ex quibus omnibus constat nihil certi hac de re definiri posse. Itaque ubi lege aliqua certum pretium constitutum non fuerit, standum erit receptæ consuetudini, & cõmuni prudentum æstimationi juxta vulgarem regulam pretiorum. Ut autẽ dicam quod sentio, illud mihi videtur satis accomodatum, & justum pro Censu redimibili, quod constituitur ad sex pro centum, ubi lege aliud taxatum non fuerit. Et quidem in hoc regno Lusitaniæ ita practicari in Censu personali testatur Gabr. Per. *decis.* 84. *n.* 3. & Mendes de Castro *in sua Praxi Lusit. lib.* 3. *c.* 22.

SECTIO TERTIA.

De emptione Censûs Realis temporalis: an, & quâ ratione ex naturâ rei sit licita?

SUMMARIUM.

Census Realis temporalis ad tempus incertum, ut vitalitius, licitè potest emi, & vendi. n. 23.

Refertur, & confutatur quædam opinio circa pretium Censûs vitalitij. n. 25.

quod

Quod tandem censendum sit justum pretium Censûs Vitalitij? n. 26.

Census Realis constitutus ad tempus certum, & determinatum, licitè potest emi, & vendi. n. 27.

Vtrùm possit emi minori pretio, quàm sint omnes pensiones simul sumptæ? Negant multi. n. 28.

Alij tamen probabilius affirmant. num. 29.

Probatur hæc sententia ratione. n. 30.

Satisfit rationibus prioris sententiæ. num. 31.

Quodnam censendum sit justum pretium Censûs Realis ad certum tempus constituti? num. 32.

23 IN hac quæstione loqui possumus, vel de Censu ad tempus incertum, ut Vitalitio, id est, ad vitam unius, vel plurium personarum determinatarum, vel de Censu ad tempus certũ, ut verbi causâ, ad decem, aut viginti annos. De priori, id est, Vitalitio, licèt Henricus Gandavensis *quodlibeto* 1. *q.* 39. & quidam alij antiqui Doctores existimaverint nõ posse licitè emi, sed esse talem emptionem injustam, & usurariam, tum ob alias rationes, tum maximè, quia ob vitæ longioris, aut brevioris incertitudinem sæpe cõtingit, ut pensiones, quæ ex illo per totam vitam percipiuntur, excedant pretium, seu capitale, quod pro illis datum fuit. Attamen communis, & vera sententia est posse ejusmodi Censum licitè, ac ligitimè emi, ac vendi certo aliquo pretio, esto præ humanæ vitæ incertitudine interdum contingat tale pretium esse longè minùs; & interdum maius omnibus pensionibus percipiendis. Ita Conradus *de contractibus q.* 81. Joannes Med. *cap. de rebus per usuram acquisitis q.* 13. *ad tertium, & q.* 14. *per totam*, Sotus *lib.* 6. *de justitia quæst.* 5. *art.* 2. *ad finem*, Navar. *de usuris num.* 71. Covar. 3. *variarum cap.* 7. *num.* 4. Mol. *tom.* 2. *disp.* 388. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 6. *num.* 40. Rebel. 2. *parte lib.* 10. *quæst.* 4. *num.* 2. *& alij, quos referunt*. Idem cum alijs tradit Leotard. *tract. de usuris q.* 49. *n.* 1. *& seqq.* ubi n. 5. advertit, hujusmodi Censum Vitalitiũ non prohiberi per cõstitutionem Pij V. additque se non invenisse, qui hujus generis contractum in dubium revocaret.

Probatur primò ex Jure Canonico. Tum *in cap. Precariæ* 16. *q.* 2. ubi permittitur, ut possint concedi alicui pensiones Ecclesiasticæ quoad usumfructum, donec vixerit, si ipse aliquam suam possessionem Ecclesiæ dederit, quod in re nihil est aliud, quàm concessio Censûs Vitalitij pro re locum pretij habente. Tum in *Clementina* 1. *de rebus Ecclesiæ non alienandis*, ubi regularibus indulgetur, ut postulante necessitate, vel utilitate monasterij, possint pro pecunia concedere alicui ad ejus vitam, vel ad certum tempus reditus, aut possessiones monasterij, servatis solennitatibus, quæ ibidem apponuntur.

Probatur secundò ratione; quia licet propter diuturnioris, aut brevioris vitæ incertitudinem, periculum sit, ne pretium pro Vitalitio constitutum longè minus, aut maius sit, quàm pensiones, quæ percipiuntur, nihil id obstat, quominùs contractus, quo talis Census pretio illo emitur, sit æqualis, cùm par utriusque contrahentis sit conditio, & periculum; siquidem tam emens, quàm vendens se exponit fortuito eventui amittendi, & lucrandi: ergo talis contractus est justus, atque adeò licita emptio, quâ certo constituto pretio, Census Vitalitius emitur. Imò verò addo, licet interdùm longè probabiliùs sit diuturnam fore vitam, pro qua Realis Census Vitalitius emitur, & pretium, quod pro illo datur, esse minus, quàm omnes pensiones percipiendæ, adhuc in tali casu non esse eam emptionem damnandam tanquàm injustam, & inæqualem, quia quod emitur non sunt ipsæ pensiones, sed reale jus ad illas, quod

minus valet, quàm tales pensiones simul sumptæ, ut patet in Reali Censu Perpetuo, qui justè emitur pretio quodam limitato, & multo minori pensionibus, quæ in perpetuum sunt percipiendæ. Et ex his solvuntur facilè omnes rationes contrariæ sententiæ, quas reperies apud Medinam *dictâ q.* 14. ubi illis singulatim respondet.

24 Difficultas verò est, quodnam sit justum pretium ejusmodi Censûs Vitalitij? Aliqui hanc regulam servandã censent, ut inspiciatur quot annos probabiliter credatur victurus ille, ad cujus vitam Census constituitur, attentâ illius ætate, complexione, & cæteris circunstantijs, & tunc, quia incertum est, num totos illos annos expleturus sit, ita pretium taxetur, ut adæquet dimidiam partem pensionũ omnibus illis annis respondentium, ut si, verbi causâ, Petrus sexagenarius Censum decem aureorum ad suam vitam emat, & probabiliter credatur victurus adhuc viginti annos, pretium talis Vitalitij sint centum aurei, qui æquant dimidiam partem omnium pensionũ, decem aureorum, quæ viginti annis respondent. Hanc tamen regulam meritò improbant Joannes Medina *dictâ quæst.* 14. *vers. Verùm statim*, Covar. 3. *variarum cap.* 9. *numer.* 7. Molina *disp.* 388. *num.* 7. & alij communiter. Ex tali enim regula sequeretur dandum aliquando esse maius pretium pro Censibus Vitalitijs, quàm pro Perpetuis æqualium pensionum, quod est absurdum. Sequella probatur, nam si ponamus emi Censum decem aureorum ad vitam alicujus pueri, qui speretur victurus adhuc 70 annos, pretium talis Censûs deberent esse tercenti quinquaginta aurei, quot utique maius est, quàm quo Census Realis decem aureorum pro singulis annis in perpetuum justè emeretur.

25 Alij ergo ad alias opiniones deflexerunt, quæ tot fermè sunt, quot capita. Oldradus *consilio* 207. admittit Censum ad vitam unius hominis justè emi ad rationem unius pro sex. Baldus verò *consilio* 401. *volum* 1. justum pretium reditûs ad unam vitam dicit esse ad rationem unius pro decem; at *consilio* 18. *eodem volumine*, hoc ipsum pretium constituit pro reditu ad vitam duorum; & *consilio* 291. *volum.* 5. pro eodem reditu ad vitam duorum assignat pretium ad rationem unius pro novem. Romanus *consilio* 302. pretium Censûs ad vitam viri, & uxoris taxat ad rationem unius pro octo: & Raphael Cumanus *consilio* 181. pro Censu ad vitam patris, & duorum filiorum juvenum pretium statuit ad rationem unius pro decem; quas omnes opiniones refert Solìs *lib.* 2. *de Censibus cap.* 1. *num.* 21. Et eandem pretiorum varietatem videtur probare usus, & praxis diversarum Provinciarum. Unde Sâ *verbo Census num.* 4. asserit pro annua pensione ad vitam ementis solere dari octo pro uno, & Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *sub numero* 41. testatur pro Censu unius ætatis florentis alibi dari septem, alibi octo in singula; ad vitam verò duorum, decem. Et quidem in regnis Hispaniæ Pragmaticâ sanctione promulgatâ Madriti anno 1583. constitutum est, ut pro Censu ad vitam unius daretur pretium ad rationem unius pro septem, teste Solìs *proximè citato*. In Lusitania verò decreto illo *supra commemorato sect. praced. num.* 22. quod refert Phæbus 2. *parte decis.* 211. taxatum erat pretium Censûs ad vitam unius personæ ad rationem unius pro decem; & ad vitam duarum, ad rationem unius pro duodecim, quod tamen, ut ibidem monuimus, jam quoad Census, saltem qui non sunt, quos vulgò dicimus, *juros*, & *tenças*, abrogatum est.

26 Ex quibus omnibus constat nimis varium, & incertum esse pretium

Census Vitalitij. Quare illi mihi videntur optimè hac in re sentire, qui docent ubi per legem certum pretium hujus Census taxatum non fuerit, standum esse communi æstimationi, & receptæ consuetudini, si de illâ constet, sin minus prudentum arbitrio spectatâ ætate, valetudine, & cæteris omnibus, ex quibus longior, aut brevior creditur futura esse vita, pro qua emitur. Ita docent Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis quæst.* 14. *vers. verùm statim*, Covarruvias 3. *variarum cap.* 9. *num.* 7. *vers. Quamobrem justum*, Solis *lib.* 2. *de Censibus*, *cap.* 1. *num.* 21. Molina *disput.* 388. *num.* 8. & cæteri communiter. Et notat bene Less. supra, ita demùm in quavis Provincia standum esse communi æstimationi, vel legi tale pretium taxanti, ut semper pro illius justitia præsumendum sit, nisi contrarium sit evidens. Unde ubi viguerit decretum, ut non ematur Vitalitium ad unius vitam, ni ad rationem unius pro decem, crederem servari debere, nisi talis Census emeretur ad vitam alicujus valde senis, aut infirmi, qui brevi crederetur moriturus, nam ut optimè advertit Molina *loco citato*, non est probandum emi, aut vendi æquali pretio Censum ad vitam cujusque, sive sit adolescens, sive senex, sive valitudinarius, sive sanus, & robustus: siquidem eò minùs valet, quò citiùs creditur extinguendus.

27 Circa Censum constitutum ad tempus certum, ut ad decem, aut viginti annos, certum apud omnes est, licitè, ac ligitimè posse emi pretio aliquo certo, cùm enim numerus pensionum percipiendarum sit certus, ac determinatus, dubium esse non potest, quin jus ad illas, quod est pecunia æstimabile, certo aliquo pretio justè, ac licitè emi, & vendi queat.

28 Tota difficultas est, an possit emi minori pretio, quàm sint omnes pensiones simul sumptæ? Negant Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis q.* 13. Sotus *lib.* 6. *de justit. q.* 5. *art.* 2. *ad finem.* Corona confessorum, *tit. de usura circa contractus Censuales*, *pag.* 281. Franciscus Garcia *de contract.* 2. *p. c.* 5. Rebel. 2. *p. lib.* 10. *q.* 4. *& quidam alij.* Loquuntur autem hi Authores, spectato intrinseco valore hujus Census, seclusis causis, & rationibus extrinsecis, ex quibus pro qualibet re potest dari minùs, quàm in se valeat, ut lucri cessantis, damni emergentis, & cæt. Nam si à te emam, verbi causâ, Censum mille aureorum pro decem annis, & inde mihi cesset aliquod lucrum, vel sit periculum, quòd eam pensionem non solves ex toto, aut ex parte, vel non sine meis expensis, labore, & cæt. fatentur posse me detrahere à pretio talis Census, id est, à decem mille aureis (quod dicunt esse justum illius pretium) quanti æstimatur illud lucrum cessans, vel periculum, cui me expono; idque ut advertit Rebel. si emam rogatus, & hoc in pactum deducam, ita ut intelligas me illam æstimationem detrahere in compensationem illius lucri, aut periculi, & liberè in id consentias, juxta ea, quæ tractatu de emptione, & vendit, *disp.* 5. *sect.* 3. *&* 6. à nobis tradita sunt.

Probatur hæc sententia primò, quia seclusis illis rationibus lucri cessantis, vel damni emergentis, & cæt. hic contractus est injustus, & usurarius: Accipe decem millia aureorum, & post decem annos, reddes totidem, & aliquid ampliùs. Eadem autem injustitia, & turpitudo cernitur in eo contractu, quo quis eisdem rationibus seclusis, emeret, verbi causâ, Censum decennalem mille aureorum minori pretio, quàm decem mille aureis; siquidem pari modo minùs daret, ut plus recipiat; daret enim, verbi causâ, novem millia, ut decennio recipiat totidem, & insuper mille aureos. Nec refert, quòd non sit recepturus simul totam illam summam in fine decennij; nam ad rationé usuræ parum refert, quòd simul,

aut per partes reddendum sit capitale cum auctario: imò verò rigidior est, qui statim singulis annis partem illius exigit, quàm qui integrum decennium spectat. Secundò, quia vendens rem aliquam ad terminum, verbi causâ, ad sex annos, cum pacto, ut paulatim sibi solvatur maius pretium, quàm res præsenti pecuniâ valet, est injustus, & usurarius, ut omnes fatentur, nisi interveniant rationes illæ lucri cessantis, periculi & cæt. ergo similiter injustus, & usurarius est, qui, seclusis illis rationibus, dat certam summam pecuniæ, ut ad sex annos sibi paulatim reddatur aliquid amplius ultra sortem, cùm causa lucri in hoc casu non sit alia, nisi dilatio solutionis. Tertiò; quia non minùs valet pecunia certò, & sine labore postea solvenda, quàm eadem summa præsens, & in promptu: alioquin semper esset licitum mutuanti recipere aliquid ultra totam pecuniam mutuò datam, quantum scilicet talis pecunia præsens plùs valet, quàm eadem quantitas postea solvenda; quod est absurdum: ergo pari ratione non minus valet Census decennalis mille aureorum, ex quo certò, & sine labore percipienda sunt decem millia per decennium, quàm eadem summa decem mille aureorum præsens, atque adeo non minori pretio talis Census emi potest.

Quæ argumenta, licèt magis videantur procedere in Censu Personali ad certum tempus constituto, tamen etiam procedunt, & concludunt in Censu Reali certi temporis, & propter illa indefferenter asserunt citati Authores, nullum Censum constitutum pro tempore certo, posse emi minori pretio quàm sit, aut æstimetur tota collectio pensionum percipiendarũ. Imò verò efficaciùs videntur probare in Cẽsu Reali, quia hic, cùm sit affixus rei immobili, & semper illam comitetur, ad quemcumque possessorem deveniat, videtur stabilior, & securior, atque adeò pretiosior, quã Personalis, qui adhæret personæ, & non habet tam stabile fundamentum.

Contrariam nihilominùs sententiam asserentem Censum Realem constitutum ad certum tempus emi posse minori pretio, quàm sit tota collectio pensionum, etiam seclusis rationibus extrinsecis lucri cessantis, & cæc. probabilius tuentur Conradus *de contractibus q.* 80 Divus Antoninus 2. *p. tit.* 1. *cap.* 8. *§.* 10. *&* 11. Navar. *comment. de usuris n.* 71. *& in manuali cap.* 17. *n.* 230. Covar. 3. *variarum cap.* 7. *n.* 4. Caietanus *verbo usura sub finem*, Michael de Palatio *in praxi Theologica lib.* 4. *cap.* 7. *pagina* 323. Solìs *lib.* 1. *de Censibus cap.* 7. *sub num.* 18. *& lib.* 2. *cap. cap.* 1. *sub numero* 22. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubitat.* 6. *num.* 42. Bonacina *tomo* 2. *disp.* 3. *de contractibus q.* 4. *puncto unico num.* 6. qui authores loquuntur generaliter de quovis Censu ad certum tempus constituto; speciatim verò quò ad Censum Realem, de quo tantùm hîc agimus, hanc sententiam probat Molina *tomo* 2. *disp.* 386. *conclusione* 2. eamque hac ex parte videri citra dubium affirmat Lessius *loco citato*, nec ab illa est alienus Valentia 3. *p. disp.* 5. *q.* 22. *puncto* 5. quanvis dicat solùm ratione periculi, cui hic Census, & pensiones ratione illius solvendæ sunt expositæ, posse emi minori pretio quàm sint ipsæ pensiones simul: non loquitur de periculo intrinseco proveniente ex re Censui subjecta, quâ pereunte, Census emptori perit, sicut quælibet alia res empta, cujus periculum ad emptorem spectans, est in causa, ut quælibet res ematur justo pretio inferiori omnibus fructibus ex illa percipiendis: non autem de periculo extrinseco proveniente ex avaritia, aut paupertate debitoris, qui nollet, aut non poterit pensionem solvere, quod solùm considerarunt Authores prioris sententiæ: hoc enim cũ non insit ex natura rei, & sæpe non subsit, valo-

29

valorem rei emptæ non deprimit, esto emens quando illud subit, ejus compensationem exigere possit, detrahendo aliquid de justo pretio rei; quæ cōpensatio in utrâque sententiâ locum habet.

30 Fundamentum hujus sententiæ est. Primò, quia alioquin pluris deberet emi Cēsus Temporalis, quā Perpetuus: nam Cēsus Perpetuus Redimibilis potest emi ad rationem sexdecim pro uno, id est, dando quantùm valent pensiones sexdecim annorum: hoc autem pretio emi non posset Census Temporalis ad viginti annos. Item Cēsus Irredimibilis emi potest ad rationē triginta, aut viginti quinque pro uno. Census autem Temporalis ad triginta sex annos maiori pretio emi deberet: quæ sunt absurda. Secundò, & quasi à priori, quia semper minoris æstimatur jus percipiendi fructus ex re fructiferâ, quàm omnes fructus, & emolumenta, quæ ex illâ sperantur; ut patet, quando ipsa res, seu integrum ejus dominium emitur, pro quo non solet dari tātùm, quantùm valent omnes fructus, qui ex illâ in perpetuū colligentur: ergo pari ratione jus percipiendi ex tali re aliquos fructus ad certum tempus, minùs valet, ac minoris emi potest, quàm ipsi fructus æstimantur. Ratio autem hujus minoris valoris videtur esse, ut credit Valentia, solum intrinsecum periculum talis juris in emptorem transiens; sicut quando quælibet res fructifera emitur, quæ propterea semper valet minùs, quàm omnes fructus ex eâ percipiendi, quia periculum illius in emptorem transit: licèt in ejusmodi re non tantùm periculum, sed etiam custodia, quæ accedente traditione ad emptorem spectat, sit ratio, ut ejus pretium infra valorem fructuum constituatur; quæ ratio locum in Censibus non habet.

31 Rationes contrariæ sententiæ omnes eò tendunt, ut probent emptionē, quâ Census pro certo tempore emitur, habere rationem mutui, atq; adeò non posse citra usuram dari in tali cōtractu minùs, quàm valent omnes pensiones percipiendæ: vel, quod in idem recidit, non posse exigi pensiones, quæ excedant pecuniam pro tali Censu datam. Hoc tamen fundamentum non modò est debile, sed omninò falsum, & inane. Nam ut satis ex supra dictis constat, contractus censualis, quo certa pecuniæ quantitas datur, pro jure ad annuam pensionē, est vera emptio, & venditio, & nulla in eo est ratio mutui. Quod ex eo patet, quia in mutuo nihil perit mutuanti, sed quâcunq; re pereunte, semper illi est salvum, seu debitum suum capitale: in contractu autem censuali, si pereat res, super quâ Census constitutus est, damnum est Censuistæ, & nihil deinceps illi debetur: itaque dans pecuniam pro Censu, verè emit jus ad annuam pensionem; & licèt ea pecunia non æquet omnes pensiones percipiendas, non propterea ulla est inæqualitas, aut injustitia in tali contractu; quia jus, quod emitur, minùs valet, quàm ipsæ pensiones simul, ut probatum est. Et ita manent solutæ omnes rationes pro contraria sententia allatæ.

Quantò verò minus pretium constitui possit, aut debeat, quàm sint omnes pensiones solvendæ, certò definiri non potest. Navarrus *dicto commentario, de usuris n. 71.* indicat justum pretium esse, si pro pensione decem aureorum in quindecim annos dentur centum aurei: quod etiam videtur probare Less. *dicta dub. 6. n. 42.* Cæterùm in hoc etiam Censu non alia certior regula assignari potest, quàm ut constituatur pretium, quod recepta consuetudine, vel communi prudentum æstimatione in unâquâque Provinciâ dari solet, ut bene cum Michaele de Palatio sup. cit. advertit Solis *d. n. 22. vers. sed hæc sententia.* 32

SECTIO QUARTA.

In quibus rebus possit constitui Census?

SUMMARIUM.

Census potest constitui, ac vendi secundùm jus naturæ super quibuscunque rebus, ex quibus dominus potest percipere aliquod emolumentum, permanente illarum substantiâ. n. 33.

Census secundùm rei naturam non solùm potest constitui super rebus immobilibus, sed etiam super mobilibus, quanvis usu consumptibilibus, dummodò non statim ipso usu consumantur, n. 34.

Non potest autem regulariter constitui Census Perpetuus in rebus mobilibus, sed tantùm Temporalis. ibid.

Potest licitè secundùm rei naturam constitui Census generaliter super omnibus bonis constituentis. n. 35.

Idque non tantùm super bonis præsentibus, sed etiam futuris, itaut semper integra pensio debeatur, quandiu aliqua constituentis bona extaverint ad eam solvendam sufficientia. n. 36.

Quando Census constituitur simpliciter super omnibus bonis constituentis, intelligitur super solis bonis præsentibus, & sub ea lege, ut illis in toto, aut ex parte pereuntibus, Census similiter pereat. Secus si addatur pactum, ut semper Census perseveret juxta vires bonorum extantium. num. 37.

Et sub hoc pacto intelligetur Censum constituere, qui illum vendiderit expressè ex omnibus suis bonis præsentibus, & futuris. ibid.

Census potest secundùm rei naturam constitui super alio Censu. n. 38.

Et super quibuscunque alijs viribus, & reditibus annuis, vel menstruis. n. 39.

Non potest super ulla re constitui Census, maioris pensionis, quàm ipsa, deductis expensis, fructificare possit. n. 40.

Non oportet autem, ut singulis annis proferat fructus æquales pensioni solvendæ, sed satis est, quòd per diversa intervalla illos ferat. ibid.

Quando imponitur Census super re, quæ locari solet, non debet attendi ad valorem ipsius rei, sed ad pensionem, pro quo locari consuevit, ut scilicet Census talem pensionem non excedat. n. 41.

Census potest imponi super re, quæ potest fructificare, licet de facto nullum proferat fructum, ut super aliquo palatio, vel domo, quæ locari non solet, at, si locetur, pensionem reddet. n. 42.

Si tamen res talis sit, ut tutò locari non possit, ut propter vicinos hostes, vel aeris intemperiem, Censum fundare nequit. ibidem.

IN hac quæstione hanc generalem regulam, spectato solo jure naturæ, tradit Valentia *tom. 3. disp. 5. q. 22. puncto 2.* Ex omnibus rebus Census vendi potest, ex quibus venditor verè habet jus percipiendi utilitatem. Probatur apertâ ratione; quia secùndùm jus naturæ, ex quacunque re aliquis habet jus percidiendi aliquod emolumentum, potest tale jus vendere, & transferre in alium; est enim alienabile, & æstimabile pretio, atque adeò vendibile: Census autem Realis nihil aliud est, quàm ejusmodi jus competens alicui ad percipiendum aliquod emolumentum, seu pensionem ex re alterius; & perconsequens ex quacunque re aliquis possit tale emolumentum percipere, Census constitui, ac vendi potest. Suppono autem esse jus, & emolumentum, quod permanente rei substantiâ, ex illâ tanquam fructus emanat, & percipitur. 33

34 Sequitur ex hac regula primò, Censum posse ex naturâ rei constitui, non solùm in rebus immobilibus, sed etiam mobilibus, ut animalibus, & alijs ejusmodi, ut admittunt Joannes Med. *Cod. de rebus per usuram acquisitis, quæst. 11. §. Sequitur ampliùs posse,* Solìs *lib. 2. de Censibus, cap. 5. in fine, alijsque in locis,* Valentia

lensia *proximè citatus*, *vers. sequitur autem ex hoc*, Malder. *tract.* 5. *c.* 5. *dub.* 7. Salas *tract. de Censibus*, *dub.* 7. *num.* 4. Leotard. alios referens *in lib. de usuris*, *q.* 47. *n.* 22. Conrad. Covar. & alij apud Azor *parte* 3. *lib.* 10. *cap.* 5. *q.* 4. Patet, quia ex his rebus capi potest utilitas, ad quam percipiendam potest proprietarius jus alteri vendere, retentâ earum substantiâ, & proprietate. Unde vendi etiam potest Census ex rebus usu consumptibilibus existentibus in statu fructificandi, ut ex navibus, aulæis, quæ locari soleant, & similibus; non autem ex rebus, quæ ipso usu statim consumuntur, ut pane, vino, oleo, & alijs hujusmodi, ut bene advertit Joan. Medina *suprà* §. *ampliùs sequitur Censum*; Valentia, & Azor *locis citatis*. Id tamen quò ad hoc interest inter res mobiles, & immobiles, quòd in rebus immobilibus, ut in agris, domibus, & cæt. potest fundari Census Perpetuus: in mobilibus verò solùm Temporalis, saltem regulariter, ut per se constat. Dico (saltem regulariter) quia aliqua sunt mobilia, quæ nec tempore, nec usu consumuntur, ut torques, & vasa aurea, vel argentea, & similia: in his igitur si locari, & fructificare soleant, non repugnat Cèsum Perpetuum constitui, quemadmodum in rebus immobilibus.

35 Sequitur secundò posse ex naturâ rei licitè constitui Censum generatim in omnibus bonis alicujus, nullum in particulari determinando. Ita Conrad. *q.* 74, & 75. Maior *in* 4. *distinctione* 15. *q.* 14. Sotus *lib.* 6. *de justitia q.* 5. *art.* 1. Covar. 3. *variarum c.* 7. *n.* 5. & 6. Valentia *tom.* 3. *disp.* 5. *q.* 22. *puncto* 2. §. *Tertiò sequitur*, & alij, licet nonnulli contrarium censeant. Ratio est, quia, ut quis habet jus percipiendi utilitatem ex omnibus suis bonis, ita illud vendere potest, atque adeò Censum in illis constituere. Confirmatur ex Bulla Nicolaij V. supra relata *sect.* 2. *n.* 22. in qua incolis Siciliæ permittitur, ut Censum constituant in omnibus suis bonis, teste Azor 3. *parte lib.* 10. *cap.* 5. *q.* 5. Quam Bullam ad verbum refert Joannes Baptista Lupus *in tract. de usuris*, *commentario* 2. §. 2. *n.* 85. Si autem id esset contra jus naturale, minimè à Pontifice permitteretur. Credit verò idem Azor *vers. cæterum ego*, debere hoc intelligi de Censu ita imposito super alicujus bonis, ut illis ex parte pereuntibus, Census ex parte pereat: non autem de Censu, qui imponeretur eâ lege, ut pereuntibus quibusdam bonis adhuc totus maneat salvus in alijs bonis, quæ supersint, quòd hoc pugnet cum naturâ hujus contractûs.

36 Ego autem non video, cur secundùm jus naturale non liceat, quòd aliquis alteri concedat jus in omnibus suis rebus, non solùm præsentibus, sed etiam futuris ad percipiendum ex illis annuam pensionem juxta earum vires, ita ut semper integra pensio ex illis debeatur, quandiù aliquæ extiterint, quæ ad illam sufficiant. Non enim minus ex naturâ rei licet subjici rem fructiferam Censui, quàm generali hypothecæ ad securitatem annuæ pensionis solvendæ. Constat autem posse debitorē omnes suas res, tam præsentes, quàm futuras generaliter hypothecare pro quolibet debito, ut expressè habetur *l. & quæ nondum, in principio, &* §. 1. *ff. de pignoribus*. Et quemadmodùm pereuntibus ex parte rebus hypothecatis, reliquæ manent toti debito obligatæ, *l. moschis. ff. de iure fisci*, etiam res fructiferæ possunt subjici tali modo Censui, ut quælibet sit obligata ad totam pensionem, estò aliæ pareant, quod licèt non sit secundùm naturam contractûs Censualis, non tamen est cōtra, sed præter, & non repugnat. quod speciali pacto ita possit constitui, ut tanquam probabilius tradit Less. *lib.* 2. *c.* 22. *dubitatione* 11. *n.* 66. dummodò tale pactum, seu onus justo pretio ab emptore compensetur. Facit, quod

tradit Navarrus *de usuris sub n. 115. q. 20.* ubi docet, si Census constituatur super certis rebus, & simul super omnibus vendentis facultatibus, non perire in parte, illarum parte perempta: hoc tamen locum non habere post Bullam Pij V. quæ vetat, ne Census constituatur super rebus indesignatis.

37 Itaque admittimus secundùm naturam cōtractûs Censualis esse, ut Cēsus constitutus super omnibus bonis Censuarij cum illis ex toto, aut ex parte pereuntibus æqualiter pereat: unde si contractus celebretur simpliciter, nullo alio adjecto pacto, solùm debere intelligi, vendi Censum ex bonis præsentibus sub ea lege, ut intereat, prout illa ex toto, aut ex parte interierint; cæterùm si addatur pactum, ut integer Census perseveret, quandiu extiterint res, quæ sufficient integræ pensioni solvendæ, illud esse justum, & servandum. Et quidem quando aliquis vendiderit Censum ex omnibus suis bonis præsentibus, & futuris, intelligi debet illum vendere sub hujusmodi pacto, cùm ideò etiam in bonis futuris illum constituat, ut ex illis integrè solvatur, si præsentia intereant, vel non remaneant sufficientia ad totam pensionem solvendam. Et ita hanc sententiam debent admittere illi, quos citat, & sequitur Sà *verbo Census n. 11.* asserentes, ubi non est recepta Bulla Pij V. licitum esse constituere Censum super bonis incertis, scilicet possessis, & possidendis.

38 Sequitur tertiò posse constitui, & vendi Censum super alio Censu, ut docet Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis q. 11. vers. sequitur ampliùs posse,* Solis *lib. 2. de Censibus cap. 3. sub n. 32.* Valentia *tomo 3. disp. 5. q. 22. puncto 2. vers. sequitur 2.* Navar. *in comment. de usuris n. 87.* Molina *tomo 2. disp. 389. n. 9.* Azor *parte 3. lib. 10. q. 1.* Less. *lib. 2. cap. 22. dub. 12. sub. n. 77.* Bonacin. *tomo 2. disp. 3. de contractibus q. 4. puncto unico sub. n. 17.* Leotard. *de usuris q. 46. n. 31.* & alij, quos referunt; estque communis sententia, & certa, si solum jus naturale spectetur. Pro qua etiam stat constitutio Nicolai V. supra relata, in qua, teste Azor citato, permittitur, ut Census constituatur in reditibus annuis. Ratio est aperta, siquidem Census est quædā res incorporalis, ex qua Censualista utilitatem percipit; constat autem ex regula supra tradita, posse secundùm rei naturam constitui Censum super qualibet re, ex qua quis habet jus percipiendi utilitatem. Nec repugnat unum jus super alio fundari, & ei quodammodo subalternari: hac enim ratione potest feudatarius, & Emphyteuta alium sub Emphyteutam constituere, dando illi utile dominium ipsius utilis dominij, quod habet; ut probat Valascus *de jure Emphyt. q. 13. n. 12.* præsertim *vers. Nec obstabit.*

Quid dicendum sit spectatâ Bullâ 39
Pij V. quâ præcipitur, ut non constituatur Census, nisi super re immobili, constabit ex dicendis *disput. sequenti, sect. 1. n. 5. & seq.* ubi explicabimus, an per istam conditionem censeatur prohibitus Census fundatus super alio Censu, præsertim Redimibili, aut non Perpetuo? Quemadmodum autem potest imponi Census super alio Censu, ita etiam potest imponi super quibuscunque alijs reditibus annuis, vel mēstruis, ut super vectigalibus, gabellis, pedagijs, juribus piscationum, venationum, & similibus, ut notant Medina *supra,* Solis *dicto cap. 3. n. 36.* Bonac. *dicto puncto unico n. 17.* Leotard. plures referens *d. q. 46. per totam,* & alij: quâ ratione passim videmus Census, & alia jura constitui super reditibus Regijs.

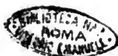
Sequitur quartò non posse vendi 40
Censum ex re aliquâ, quæ ad minimū præstare non possit tantam utilitatem, quanta est pensio ex illa solvenda, ut docent Medina *dicta quæst. 11. vers. sequitur*

quitur ampliùs Censum non posse; Angelus *verbo usura* 1. *n.* 78. Silvest. *eodem verbo* 2. *q.* 12. Navar. *commentario de usuris n.* 96. *&* 85. Valentia *dicto puncto* 2. *vers. quinto sequitur*, Azor. *p.* 3. *lib.* 10. *cap.* 6. *q.* 1. Bonacina *tomo* 2. *disp. de contractibus*, *q.* 4. *puncto unico sub num.* 21. *& alij communiter*. Quanvis contrarium censeant Contad. Sotus, & Covarruvias apud Azor. Ratio est; quia, si res parem saltem utilitatem pensioni solvendæ præstare non potest, non habet venditor jus ad tantam utilitatem, seu pensionem ex illa percipiendam: ergo, cùm nemo possit dare, quod non habet, tale jus alteri conferre non potest, atque adeò nec Censum tantæ pensionis in illa re instituere. Confirmatur, quia, si res nullam pensionem præstare possit, nullius Censûs fundandi est capax: ergo, si non possit præstare totam pensionem, sed tantùm partem, solùm pro ea parte Censum fundare potest; nam, quæ est proportio totius ad totum, eadem est partis ad partem: debetque hæc resolutio intelligi, deductis expensis, & laboribus, ita ut deducto eorum valore, adhuc supersint tot fructus ex ipsa re percepti, aut percipiendi, ut ad integram pensionem sufficiant, nam hi tantùm censentur reditus rei. Non oportet autem, ut res singulis annis proferat fructus æquales pensioni solvendæ, sed satis est, ut per diversa temporum intervalla tantū fructificet, quantum sufficiat ad integram pensionem statis temporibus solvendam, ut advertit Valentia *supra vers. sed neque*, & à nobis sect. sequenti magis explicabitur.

41 Hinc colliges, quando Census constituitur super aliqua domo, verbi causâ, non esse habendam rationem pretij, quo æstimatur, aut quo vendi poterit, sed pensionis, pro qua locari solet: at, si domus sit valdè sumptuosa, & magni pretij, quæ tamen pro modica pensione locatur, non posse in ea constitui Censum, qui eam pensionem excedat: è contra verò, licèt domus sit vilis, at pro magna pensione locari soleat, Censum æqualis pensionis fundare posse. Ita cum alijs sentit Azor *dicto cap.* 6. *q.* 3. contra Covar. existimantē habendam potiùs esse rationem pretij, quod res valet, quàm fructuum, & utilitatis, quam præstat. Ratio est clara; quia res solùm potest obligari ad id, quod præstare potest, ut est per se manifestum, neque dominus illius habet jus ad aliquid ampliùs ex illa percipiendum: ergo solùm potest eam obligare, & subjicere Censui pro ratione utilitatis, & pensionum, quas proferre potest, nihil obstante, quòd maiori, aut minori pretio æstimetur.

Sed quid, si res nullum proferat fructum, proferre tamen possit, ut sunt aliqua palatia, & domus, quæ locari non solent, at, si locarentur, pensionem redderent? Respondeo cum Navarro *dicto comment. de usuris*, *num* 113. & Azor *dicto cap.* 6. *q.* 4. posse in eis constitui Censum, etiam spectatâ Bullâ Pij V. vetantis, ne Census in rebus infrugiferis constituantur. Ratio est, quia non solùm prædium, quod actu fert fructum, dicitur frugiferum, sed etiam quod de se est aptum ad illum ferendum, argument. *c. Quid per novale*, *de verbor. significat. & l. Sylva cadua ff. de verbor. significat.* Si autem res sit talis, ut tutò locari non possit, ut propter vicinos hostes, aut aëris intemperiem, credit Azor *loco cit.* censendam esse infrugiferam, atque adeò incapacem Censûs, dummodò ejusmodi impedimenta sint perpetua, aut frequentia. 42

SECTIO



SECTIO QUINTA.

Explicantur nonnullæ quæstiones circa eandem materiam.

ALiquæ præterea sunt res frugiferæ, de quibus adhuc dubitari potest, an obligationi Censuali subjici possint? Itaque circa illas nonnullæ à nobis sunt expediendæ quæstiones.

An possit constitui Census super rebus Ecclesiasticis?

§. I.

SUMMARIUM.

Super rebus Ecclesiasticis potest constitui Census, ut super possessionibus alicujus Ecclesiæ, vel monasterij; dummodò interveniant causæ, & solemnitates, quæ ad alienationem rerum Ecclesiasticarum Iure Canonico postulantur. n. 43.

Regularibus speciatim peculiari decreto, & sub peculiaribus pœnis vetitum est, ut res sui monasterij alienent, aut Censum super illis constituant, extra casus à jure permissos. n. 44.

Qui sint casus, in quibus à jure permittitur, ut res Ecclesiasticæ alienari possint. n. 45.

Aliqui existimant ad alienandas res Ecclesiasticas, præter alias juris solemnitates, requiri simul consensum Summi Pontificis. n. 46.

Refellitur fundamentum hujus opinionis. n. 47.

Ostenditur speciatim posse à regularibus alienari res sui monasterij in casibus à jure communi permissis, absque alio Summi Pontificis consensu. n. 48.

Statuitur generaliter, nec per Extravagantem Ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alienandis, nec per decretum sacræ Congregationis Concilij editum pro regularibus, vetitum esse, ne res Ecclesiæ alienentur in casibus jure aliàs permissis inconsulto Romano Pontifice. n. 49.

Excluditur quædam limitatio circa passalia Ecclesiæ. ibid.

Episcopi autem, & quidam alij prælati non possunt alienare bona suarum Ecclesiarum, inconsulto Summo Pontifice, ratione juramenti, quod hac de re præstant: si tamen alienent ex causa legitima, & cum solemnitatibus aliàs requisitis, tenet alienatio: neque est improbabile, eos tunc non esse perjuros. n. 50.

Proponitur, & excluditur quoddam argumentum, quo videtur probari, nec in casibus jure aliàs permissis alienari posse res Ecclesiasticas, inconsulto Romano Pontifice. n. 51. & 52.

Pœna interdicti, & privationis beneficiorum, quæ in Extravaganti Ambitiosæ, imponuntur alienantibus res Ecclesiasticas sine causa, & solemnitatibus juris, non procedunt contra alienantes impropriè, ut per constitutionem usufructus, Census, & cæt. n. 53.

Concluditur posse constitui, ac vendi Censum super rebus Ecclesiasticis, si interveniant causa, & solemnitates juris antiqui. Neque ex vi Extravagantis Ambitiosæ, alteriusvè juris antiquioris, requiri consensum Apostolicum, sed tantùm ex vi juramenti, quando Census constituendus esset per Episcopum, aut alium prælatum, qui jurasset de non alienando, sine consensu Summi Pontificis. n. 54.

Hoc juramentum non intelligitur pro casu urgentis necessitatis, in quo non daretur locus consulendi Summum Pontificem. ibid.

Census, & aliud simile jus ad annuos reditus, constitui, & vendi potest ex rebus Ecclesiasticis, sine juris solemnitatibus, si solùm vendatur, & duraturum sit per octo, aut novem annos ut ante decennium extinguatur. n. 55.

PRimâ quæstio est, an possit constitui Census in rebus Ecclesiasticis, ut

ut in possessionibus alicujus Ecclesiæ vel monasterij? Respondetur affirmativè, dummodo interveniant causa, & solemnitates, quæ ad bona Ecclesiastica alienanda Jure Canonico requiruntur. Ita Solis *lib. 2. de Censibus c. 3. n. 7. & cæteri omnes.* Ratio patet ex dictis; nam jus, quod Ecclesia habet ad percipiendam utilitatem ex ejusmodi rebus, est quid temporale, & non minùs vendibile, quàm ipsa res: ergo quemadmodùm in casibus à jure permissis, potest ipsas res vendere, ita etiam potest alienare, & vendere illud jus, atque adeò Censum in talibus rebus constituere. Dico: *dummodò interveniant causa, & solemnitates*; quia in materia Ecclesiæ, & personis privilegiatis favorabili, nomine alienationis, non solùm venit alienatio strictè sumpta, quâ dominium rei transfertur, sed etiam quodlibet pactum, quo res alteri subjicitur ad aliquid ex ea percipiendum, ut quando in re aliqua constituitur ususfructus, vel hypotheca, aut servitus aliqua. *L. Sed si pecunia, §. Si jus ff. de rebus eorum, qui sub tutela, & l. ultima Cod. de rebus alienis non alienandis.* Unde sub ejusmodi alienatione etiam comprehenditur cõtractus Censualis, ut bene advertit Layman *lib. 3. tract. 4. cap. 10. n. 2.* estque apud omnes indubitatum, & per consequens quemadmodùm bona immobilia Ecclesiæ alienari non possunt absque causa, & cæteris solemnitatibus à jure requisitis, sic nec Census in eisdem rebus constitui ad longum tempus, cùm inter immobilia computentur.

44 Maximè verò est hoc observandum à regularibus ob decretum sacræ Congregationis Consilij jussu Urbani VIII. editum 7. Septembris anno 1624. quòd speciatim Religiosis intra fines Europæ existentibus prohibet, cum derogatione omnium privilegiorum in contrarium, quorumlibet bonorũ immobilium, & pretiosiorum mobilium alienationem, omneque pactum, per quod eorum dominium transfertur, ac nominatim Census perpetuos, & Vitalitios hypothecam, locationem ultra triennium, concessionem in feudum, vel Emphyteusim, præterquàm in casibus à jure permissis, absque ipsius Congregationis Consilij expressa licentia in scriptis, & gratis concedenda, idque sub gravibus pœnis, relictis in suo robore (si quod habent) quibusdam alijs, quæ in *Extravaganti Ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alien. inter communes.* contrà alienantes ejusmodi bona latæ sunt, simulque tales contractus, & alienationes irritat.

Casus autem in jure permissi, in quibus ejusmodi alienationes permittuntur, sunt. Quando intervenit aliqua causa à jure approbata, & simul speciales quædam solemnitates, quæ in antiquis canonibus postulantur. Causæ à jure approbatæ sunt omninò quatuor, quarum quælibet sufficit, nimirùm, Ecclesiæ necessitas, vel utilitas, vel quòd res sit damnosa ipsi Ecclesiæ, aut quòd pietas eam alienari exposcat, ut ad redimendos captivos. Tres priores causæ desumuntur, tum ex alijs juribus, tũ ex *cap. sine exceptione 12. q. 2.* ultima verò sumitur *ex cap. Et sacrorum, cum duobus sequentibus, eadem 12. q. 2.* Solemnitates autem, quæ simul requiruntur, sunt Tractatus, seu mutua collatio Capituli, aut Conventûs, quæ debet præcedere consensum, prout postulatur *in dicto cap. sine exceptione*, & supponitur *in cap. 1. de rebus Ecclesiæ non alienandis in 6.* & consensus Capituli, aut Conventûs, & Prælati, ut sumitur *ex dicto cap. sine exceptione*, & pro regularibus, *ex Clementina 1. de rebus Ecclesiæ non alienandis.* Quas causas, & solemnitates latè explicat Soares *tom. 4. de Religione tract. 8. lib. 2. cap. 27.* Covar. *2. variarum resolutionum cap. 16. & 17.* Molina *tomo 2. disp. 468.* Filiutius *in appendice tract. 44. cap. 5.* Tamborinus *tomo 3. de jure Abbatum disp. 13. q. 4.* 45

Bona-

Bonac. *tomo* 1. *disp. de alienatione bonorum Ecclesiasticorum puncto* 3. *&* 4. & cæteri omnes, qui tractant de alienatione bonorum Ecclesiasticorum.

46 Aliqui ultra prædictas solemnitates existimarunt necessarium esse consensum Summi Pontificis. Ita sentiunt Filiucius *loco citato num.* 1. Tamburin. *dicta disp.* 13. *q.* 6. Less. *lib.* 2. *cap.* 24. *n.* 64. Layman. *lib.* 3. *tractatu* 4. *cap.* 10. *sub num.* 10. Laurentius de Peyrinis *tom.* 1. *de privileg. minimorum, ad constit.* 9. *Iulij* 2. §. 1. *n.* 5. dicens hanc sententiam esse tutiorem, & practicari in Curia. Quaranta *in summa Bullarij, verbo alienatio, n.* 5. Bonacina *d. disp. de alienatione bonorum Ecclesiasticorum puncto* 4. *n.* 8. *& tom.* 3. *de censuris in particulari, disp.* 2. *q.* 4. *puncto* 11. *n.* 4. ubi inter illas species alienationis, ad quas dicit necessarium esse consensum Summi Pontificis, ponit contractum Censualem, & alij. Fundantur hi Authores *in dicta Extravaganti Ambitiosæ*, ubi Paulus II. postquàm sub excommunicatione latæ sententiæ prohibuit, & annullavit quasdam species alienationis bonorum Ecclesiasticorum, alias pœnas adjecit, sub his verbis: *Alienanti verò bona Ecclesiarum, Monasteriorum, locorumque piorum quorumlibet, inconsulto Romano Pontifice, aut contra præsentis constitutionis tenorem, si Pontificali, vel Abbatiali præfulgeat dignitate, ingressus Ecclesiæ sit penitùs interdictus, &c.* Et si dicas saltem regulares propter peculiaria privilegia sibi concessa ad alienandum, consensu Pontificis non indigere. Respondet Tamburinus *loco citato*, talia privilegia sublata esse per decretum Sacræ Congregrtionis Consilij supra cõmemotatum, ubi regularibus prohibetur omnis alienatio bonorum suorum monasteriorum, & Ecclesiarum: & ita non posse, hodie alienare ulla bona immobilia, vel mobilia pretiosa, absque consensu Apostolico. Quod etiam ex eodem fundamento tradit Navarrus *in sua lucerna Regularium, verbo alienatio. n.* 1.

Hoc tamen fundamentum est valde debile, & nullius momenti, nam 47 præterquàm, quòd valde dubium sit, an illa Extravagans fuerit usu recepta affirmantibus gravibus Doctoribus receptam non fuisse, saltem ubique & quoad omnia, ut Sylvest. *verbo alienatio q.* 15. ubi simpliciter dicit non fuisse receptam, & *verb. excommunicatio* 7. *q.* 47. ubi dicit in aliquibus locis non esse approbatam moribus utentium, nec servari, Caet, *in summa verbo excommunicatio cap.* 75. ubi ait, non esse receptam ubique, & alicubi videri receptam, non totaliter, sed quoad aliquid, Sarmiento, qui id affirmat 1. *parte de reditibus cap.* 20. *n.* 20. Navar. *in manuali cap.* 27. *sub num.* 149. asserente non videri receptam in Lusitania quoad prohibitionem locationis ultra triennium, neque ullo in loco esse in usu quoad pœnam privationis beneficiorum, quàm imponit; quod ultimum affirmat etiam Toletus *in summa lib.* 5. *cap.* 91. *num.* 6. & multis alijs, quos refert Augustinus Barbosa *in collectaneis ad d. Extravag.* Illud apud Doctores melioris notæ citra dubium est, non vetari in ea constitutione alienationem bonorum Ecclesiasticorum in casibus à jure permissis. Sic eam intelligunt, & exponunt Navar. *proximè citatus, & in comment. de alienatione rerum Ecclesiasticarum n.* 2. Gama, *vel docti Colleg., quos citat decis.* 387. *n.* 4. Molina *disp.* 468. *n.* 9. *in fine*, Rebel. 2. *p. lib.* 14. *q.* 5. *n.* 10. Azor *p.* 2. *lib.* 9. *q.* 9. §. *Altera sententia ad finem*, & Zerola *in praxi Episcop. verb. Alienatio rerum Eccles. num.* 2. idem supponunt Avendanius, & Cenedo, quos citat, & sequitur Phæbus 1. *pars. decis.* 82. *n.* 35. Et patet ex ipsa Extravaganti ibi: *Præterquam in casibus à jure permissis, & in bonis in Emphyteusim ab antiquo concedi solitis, & tunc in evidentem utilitatem, & de fructibus, & bonis*

& bonis, quæ servando servari non possunt pro instantis temporis exigentia. Quod etiam probari potest, tum ex illius præfatione, in qua Pontifex dicit, *intentionem suam esse occurrere ambitiosæ cupiditati eorum, qui bona Ecclesiarum, Monasteriorum, & piorum locorum, cum maximo eorum, ac divini cultus detrimento usurpare præsumunt.* Quod detrimentum non sequitur ex alienatione in casibus à jure permissis. Tum etiam; quia Pontifex expresè ibidem profitetur, se non alterare constitutiones, & decreta alia super eadem materia ante edita, ibi: *Prædecessorum nostrorum constitutionibus, & decretis super hoc editis, quæ tenore præsentium innovamus, & cæt.* Unde nihil per illam Extravagantem mutatum est circa alienationes, quæ jure antiquo in casibus ab eo permissis licitè fieri poterant.

48 Deinde quod ad regulares attinet, licèt daremus, quòd per dictã Extravagantem prohibita esset quælibet illorũ bonorũ alienatio, etiã in casibus antea permissis à jure, adhuc nõ sequitur sublatã esse regularibus per citatũ decretũ sacræ Cõgregationis Concilij facultatem, quã saltẽ per sua privilegia habebant ad alienanda bona suorũ monasteriorũ in dictis casibus à jure permissis: quia in illo decreto excipiuntur expresè, & permittuntur hi casus, ut videri potest apud Tamburinũ *d. q. 9.* ubi integrũ decretũ ad verbũ refert. Dices, in hoc decreto per casus à jure permissos intelligi debere eos, in quibus etiam dicta Extravagans *Ambitiosæ*, permittit, ut dictæ alienationes fiant, atque adeò, si juxta illã non possunt fieri tales alienationes absq; cõsensu Sũmi Pontificis, solũ in dicto decreto excipi casus, in quibus præter aliàs solẽnitates juris antiqui, intervenit etiã consensus Sũmi Pontificis. Respondeo assumptũ esse falsum; nam per casus à jure permissos, in cõmuni, & vulgari acceptione, intelliguntur omnes illi, in quibus intervenit causa, & solemnitates prædictæ jure antiquo requisito requisitæ. Clausulæ autem celebres, qualis est hæc, *exceptis casibus à jure, & cæt.* in quovis decreto, aut lege reperiantur, intelligi debent juxta cõmunẽ acceptionem. Accedit quòd ineptè diceretur per Congregationem Cardinaliũ: *Prohibemus alienationem rerum Ecclesiasticarum, excepto casu, quo Pontifex licentiam daret*, quasi hic etiam casus ab eis prohiberi posset, vel non esset evidens, pohiberi non posse.

Itaque longè probabiliùs mihi est, nihil obstare dictã Extravagantẽ *Ambitiosæ*, & decretum sacræ Congregationis, quominùs in dictis casibus jure antiquo permissis, licitè, ac validè possint bona Ecclesiastica alienari, inconsulto Romano Põtifice, quam sententiam spectatâ d. Extravaganti, tenent procul dubio *Soares d. c. 27. à. n. 1.* Covar sup. *c. 17. n. 1. & 2.* & Navar. *in d. cõmentar. de alienatione rerum Ecclesiasticarum n. 3. & 7.* qui cum meminerint d. Extravagantis, *Ambitiosæ*, illamq; expendant, tamen, ut res Ecclesiasticæ alienari possint, solùm exigunt, ut interveniat aliqua ex prædictis causis cum solẽnitatibus antiqui juris, alio Pontificis consensu minimè requisito. Idem tradunt Caldas *de renovat. Emphyt. q. 15. n. 15. & 16.* & ejus filius Gab. Pereira *decis. 22. n. 8.* qui expresè affirmant non requiri cõsensum Sũmi Pontificis ad alienanda bona Ecclesiastica, servatis juris solemnitatibus, & addit Gab. Pereira ita sæpiùs judicatum esse in judicio Ecclesiastico. Excipiunt autem ambo hi DD. passalia, seu sedimina Ecclesiæ, quæ videlicet sunt in ambitu Ecclesiæ. Sed hæc limitatio mihi jure non probatur. Consentit Frag. *tom. 3. disp. 14. §. 6. n. 9.* ubi tradit, quod exceptis passalibus Ecclesiarũ non unitarũ alicui matrici, vel monasterio, cætera omnia bona Ecclesiastica possunt dari in Emphyteusim, adhibitis solemnitatibus, quæ ordinariè requiruntur, absq; eo, quòd necessaria sit Sũmi Pontificis authoritas: 49

refertque ita fuisse judicatū in Senatu Bracharēsi, & in supremo Senatu hujus Regni Lusitani, super quædam passalia pertinentia ad Ecclesias alteri unitas: nec de hoc posse esse altercationem in hoc Regno. Tenent etiā apertè eandem principalem sententiā Molina, *d. disp.* 468. *n.*8. Azor. *p.*2. *lib.*9. *c.*1. *q.*9. Sylvest. *verb. Alienatio, n.* 16. & Navar. *proximè cit. not. bili* 10. *sub n.* 14. *juncto notabili* 11. quatenùs solùm ratione juramenti, quo Episcopi, & quidam alij prælati in sua creatione jurant, se non esse alienaturos bona Ecclesiastica, in cōsulto Romano Pōtifice, negant posse ab illis fieri talē alienationem, etiā in casibus aliàs permissis, sine Sūmi Pontificis cōsensu.

50 Unde Molina cit. & quidam alij apud Navar. *d. n.* 14. asserunt, licèt hi prælati alienando absque assensu Apostolico sint perjuri, tamen si alienatio fiat ex legitima causa, & cum solēnitate juris, talē alienationē esse validam. Quanvis hoc neget Navar. *sub d. n.* 14. *vers. Secundo respondeo*, eo quòd in dict. Extravaganti Pauli II. resistatur valori alienationis, quæ fit inconsulto Romano Pontifice, vel contra tenorem ipsius Extravagantis, ubi videtur sentire illā clausulam, *inconsulto Romano Pontifice*, solū esse positā propter eos, qui contra dictum juramētum bona Ecclesiæ alienassent, ut pœnis ibidem latis comprehenderentur, etiam si aliàs à juris dispositione, & illius constitutionis tenore minimè recederent, quod non est improbabile. Cæterùm Molinæ opinio mihi videtur probabilior. Quin etiam non defuere, qui existimarent prælatos illos non esse perjuros, nec peccare, si bona Ecclesiæ alienent ex legitima causa, & servatā juris solēnitate, absque Pontificio consensu. Pro qua sententia, multa, nec contemnenda argumenta affert Navar. *d. còment. de alienatione rerum Ecclesiasticarum, n.* 11. & 12. Eamque videntur existimare probabilem Azor *d. cap.* 1. *q.*9. *vers. Altera sententia*, & Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 10. *n.* 10. dum oppositam solùm dicunt probabiliorē.

Unum tamen video posse adhuc opponi argumentū contra nostrā principalē resolutionē, desumptū ex illa disiunctione, sub qua *in d. Extravag. Ambitiosæ*, imponuntur pœnæ in eos, qui alienant bona Ecclesiæ, *inconsulto Romano Pontifice, vel contra illius constitutionis tenorem.* Nam ad veritatē disjunctivæ sufficit alteram partē verificari, *cap. in alternativis, de regulis juris in* 6. & *l. plerumque ff. de jure dotium*: ergo, ut quis cōprehendatur pœnis, & prohibitione illius Extravagātis, satis est quòd alienet, incōsulto Romano Pontifice, quāvis aliàs à tenore ejusdē constitutionis non recedat, alienādo in casibus à jure, & in eadē constitutione permissis. Unde licèt tenore illius Extravagantis non prohibeatur alienatio in casibus jure antiquiori permissis, tamen adhuc non sequitur posse talem alienationem fieri, inconsulto Romano Pontifice. 51

Ad hoc autem respōdeo, contradictionem implicare, quòd per illam Extravagantē, ejusvè tenorē aliqui casus permittantur, & simul per eandē prohibeantur, & puniantur; atq; adeo certū, & constans esse debere, alienantem in casibus ab ea permissis, seu in ea exceptis, qui aliàs nō sunt prohibiti, minimè peccare, aut pœnas illius incurrere. Sēsus ergo illius disiunctivæ nō est, qui in argumēto intenditur, cū cōtradictonē involvat; sed vel est, quem supra tetigimus, juxta Navarrum, ut scilicet in ea Extravagāti puniantur, qui alienant cōtra illius tenorē, aut licèt ab ejus tenore non recedāt, violāt juramentū præstitū Sūmo Pontifici, de non alienando, ipso incōsulto: vel, quod magis probo, ac si apertiùs diceretur, ut incurrat pœnas ibi impositas alienans bona Ecclesiæ, qui, vel ex consensu Romani Pōtificis, vel juxta tenorē illius constitutionis alienandi facultatē non habuerit. Alioquin diceremus, quòd etiam locatio ad trienniū, & alienatio fructuū, ac bonorū, quæ servari nō possūt, fieri nō possent, incon- 52

incõsulto Pontifice, quãvis tenore ejusdẽ constitutionis expressè permittantur, quod est manifestum absurdum.

53 Hìc etiam annotatere licèt, quod in dictâ *Extravaganti Ambitiosæ*, dicitur, *ut alienanti, inconsulto Romano Pontifice, vel contra illius constitutionis tenorem, interdictus sit ingressus Ecclesiæ, & cæt.* intelligi debere de alienatione propria, quâ rei dominium simpliciter transfertur, non verò de hypotheca, locatione ad longum tempus, constitutione usûsfructûs, alijsque alienatio nobis improprijs; tum quia id sonat ad versativa *vero*, quæ ponitur, ubì in d. constitutione diversæ pœnæ imponuntur sic alienantibus, ibi, *alienanti verò bona Ecclesiarum*, &c. Tum maximè, quia, ubi agitur de pœnis alienantium, debet accipi alienatio strictè, pro ea tantùm, quâ dominium transfertur, ut probant Covar. 2. *variarum c.* 16. *n.* 2. Molina Jurista *lib.* 1. *de primogenijs c.* 20. *n.* 16. Lara *de anniversarijs, & capellan. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 23. & alij apud Valasc. *de jure Emphyt. q.* 29. *n.* 23. Unde ulteriùs infertur, etiam in eorum sententia, qui docent, quòd etiam ad alienandum in casibus à jure permissis, requiritur consensus Summi Pontificis, debere hoc intelligi de alienatione propria, de qua tantùm in ea clausula, *& alienanti verò, &c.* est sermo.

54 Ex his ergo satis constat, quod hac molestâ disputatione principaliter intendimus, posse nimirùm constitui, ac vendi Censum ex rebus Ecclesiasticis, si interveniat legitima causa, & antiqui juris solẽnitas supra explicata; neq; ultra illam consensum Apostolicum requiri, ex vi *dictæ Etravag. Ambitiosæ*, vel alterius antiqui juris, sed tantùm ex vi juramenti, quando Census constituendus esset per Episcopũ, aut alium prælatum, qui jurasset de non alienandis à se bonis Ecclesiastitis, inconsulto Romano Põtifice. Et verò, quod ad regulares attinet mihi certò constat, solere eos in hoc regno vendere ex possessionibus suorũ monasteriorũ Census Perpetuos Redimibiles, ad subveniendum suis necessitatibus, servatâ solemnitate antiqui juris, consensu Pontificio minimè requisito. Nec dubito, quin id faciant, quia intelligunt non esse sibi sublatam facultatem, ad res suorum monasteriorum alienandas ex causis à jure approbatis, servatâ ejusdem juris solẽnitate. Quamquam, si necessitas sit valde urgens, ita ut locum consulendi Põtificem non relinquat, hoc etiam titulo talia bona alienarì possent, etiam ab ijs, qui juramẽtum præstitissent ea non alienandi, absque Pontificis consensu, ut benè tradunt Molin. *d. disp.* 468. *n.* 8. Less. *lib.* 2. *c.* 24. *sub n.* 64. *vers. Adverte tamen*, & alij post Panormitanum *in cap. ult. de Ecclesijs ædificandis n.* 8.

Addo præterea ad vendendũ, aliovè 55
modo alienandum Censum, vel aliud jus ad annuos reditus, ex bonis Ecclesiasticis, quod ante decẽnium extinguẽdum sit, ut verbi causâ, Censum ad octo, aut novẽ annos, non oportere servari solẽnitates juris, quæ ad bona Ecclesiastica immobilia, vel mobilia pretiosa requiruntur, ut bene docet Molina *tom.* 2. *disp.* 465. *n.* 8. quia licèt annui redditus cõputentur inter bona immobilia, ut habetur Clementinâ, *Exivi de Paradiso, vers. cumque annui reditus, de verb. signifi. & alijs juribus*, id intelligitur de reditibus ad longum tempus, ut ad decenniũ, & ultra; ut docent cõmuniter Doctores Panormit. *in c. ult. ne prælati vices suas, n.* 6. Molina *loco cit.* Sanch. *tom.* 2. *in Decal. lib.* 7. *c.* 26. *n.* 6. Soares *tomo* 4. *de Relig. tract.* 8. *c.* 27. *n.* 8, & alij, quod etiam habetur Ord. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 48. §. 8. & consonant adducta per Covar. 2. *variarum c.* 16. *n.* 3. Neque tales reditus pro tempore modico inter mobilia pretiosa alienari prohibita computari debent, cùm sint res, quæ diù servari non possunt; quidquid in contrarium sine fundamento censeat Lesana *in sua summa verbo Alienare n.* 6.

Vtrùm beneficiarius possit constituere, & vendere Censum super suo beneficio?

§ II.

SUMMARIUM.

Secundùm rei naturam potest beneficiarius constituere, & vendere Censum super suo beneficio, pro tempore vitæ suæ dumtaxat. n. 56. & 57.

Vtrùm etiam id efficere possit, spectato jure positivo? Negant aliqui. n. 58.

Quid potiùs dicendum videatur. n. 59.

An Census possit constitui, & consistere super fructibus beneficij? Variant Doctores. n. 60. & 61. Authoris sententia. n. 61. post medium.

56 Secunda quæstio est, utrùm beneficiarius possit constituere, & vendere Censum super suo beneficio? Respondeo ex natura rei posse, dummodò talem Censum vendat, & constituat solùm pro tẽpore vitæ suæ. Probatur, quia beneficiarius habet jus percipiendi fructus sui beneficij; quod jus licèt vendi non possit absque labe simoniæ, quia est consequenter annexum juri spirituali exercendi ministerium, & officium spirituale, tamen cùm in se quid temporale sit, non videtur repugnare ex naturâ rei, quòd beneficiarius super illud constituat, ac vendat jus quoddam utile ad illos fructus, aliquamvè eorum pensionem annuatim percipiendam, quod est proprium Cẽsûs: hac enim ratione pensiones merè temporales, quæ laicis personis interdum conceduntur à Pontifice super Ecclesiasticis beneficijs, sine simoniæ vitio vendi possunt, ut tenet communis sententia, quam, relatis alijs Authoribus, tradit Soares *tomo 1. de Religione lib. 4. de simonia c. 26. n. 1. & 5.* cum sint jus, & onus quoddam impositum super beneficio, quatenùs affert emolumentũ temporale, nec propter munus spirituale conferantur.

Dixi, *dummodò talem Censum vendat solùm pro tempore vitæ suæ*, quia beneficiarius non habet plenã potestatem super suo beneficio, sed tantùm pro tẽpore, quo vivit, illo frui potest; igitur solùm pro eo tẽpore potest illud alteri obligare, & non ampliùs, juxta illud celebrè axioma, quòd resoluto jure dantis, resolvitur jus percipientis, *l. lex vectigali ff. de pignor. l. Statius Florus §. Cornelio Felice ff. de jure fisci, & alijs juribus relatis à* Solìs *lib. 2. de Censibus c. 4. sub. n. 15.* Aliter se res habet in Summo Pontifice, quando pensionem alicui concedit super aliquo beneficio, nam, cùm habeat plenam potestatem super reditibus Ecclesiasticis, potest pensionem super illis conferre pro tempore, quo ipsi videbitur, quod cõmuniter fit pro toto tempore, quo pensionarius vivit. 57

58 Quid autem dicendum sit, spectato jure positivo? Difficultate non caret. Bonacina *tomo 2. disp. 3. de contractib. q. 4. puncto unico n. 12.* referens Riccium *in sua praxi verbo Alienatio, decis. 71.* negat absolutè posse à beneficiario cõstitui Censum super beneficio, quod beneficium sit res Ecclesiastica, in rebus autem Ecclesiasticis Census constitui non possit, jure nimirùm Ecclesiastico prohibente omnem alienationem rerum Ecclesiasticarum, præterquâm in aliquibus casibus ab ipso jure permissis, *Extravag. Ambitiosæ, de rebus Eccles. non alienand.*

59 Cæterùm mihi dicendum videtur, quòd etiam, spectato jure positivo, prohibente alienari res Ecclesiasticas, potest beneficiarius pro tẽpore vitæ suæ constituere Censum super beneficio, quatenùs beneficium est jus percipiẽdi fructus ex rebus Ecclesiæ: cujus sententiæ est Duard. *super constit. Pij V. 1. q. 23. n. 151. in fin. & n. 18. & 19.* ubi in hũc sensuum approbat, & sequitur opinionẽ Cẽsij *q. 24. n. 3.* & aliorum, qui admittunt Cẽsum cõstitutũ à Rectore, vel prælato, super prædijs suæ Ecclesiæ, nomine

mine proprio ipsius Rectoris, valere in præjudicium ipsius constituentis, id est, solùm pro tempore, quo ipse vixerit: quam opinionem intelligit, & admittit, quasi solùm voluerint valere Censum Vitalitium contractum ad vitam Rectoris super jure percipiendi fructus ex rebus Ecclesiæ. Moneor; quia quando in jure, ac præsertim in dictâ *Extravag. Ambitiosæ* prohibentur alienari res Ecclesiasticæ, id videtur intelligi de rebus, ex quibus beneficiarius habet jus percipiendi fructus, non autem de ipso jure ad illos percipiendos; in quo jure consistit propria ratio beneficij Ecclesiastici: quod licèt nequeat vendi, id non provenit ex dictâ prohibitione alienandi res Ecclesiæ; sed ex prohibitione simoniæ, quæ committeretur in tali venditione, ratione juris spiritualis ei annexi; quod non tollit, quominùs super illo jure percipiendi fructus possit constitui Censum pro tempore, quo beneficiarius illum constituens, vixerit, aut beneficium retinuerit, ut *supra n.* 56. explicatum est.

60 Si autem quæras; utrùm saltem super fructibus beneficij possit beneficiarius Censum constituere pro toto tempore vitæ suæ, licèt diù vivat? Affirmat Follerius, *de Censualibus contractibus* §. *Census, num.* 22. prout illum refert Azor statim citandus: tum quia beneficiarius acquirit fructus sui beneficij, qui postquàm ab eo sunt acquisiti, jam non sunt res Ecclesiasticæ, & liberè ab illo possunt vendi; tum quia, ut docet Abbas *in cap. ult. Ne prælati vices suas*, Lessius *lib.* 2. *de just. cap.* 24. *dubit. ult. in fine*, Molina Theol. *tom.* 2. *disp.* 466. Mol. Jurista *lib. de Primogen. cap.* 21. *n.* 24. & alij, potest clericus fructus sui beneficij ad vitam suam locare. Facit etiam textus in *dicto cap. ult.* ubi admittitur, posse fructus beneficij concedi pro certo Censu annuatim reddendo, ut Glossa, & Doctores ibidem exponunt. Eandem senteutiam tenet ex parte Solis *lib.* 2. *de Censibus cap.* 3. *n.* 10. cum Rodoano, quem ibi citat, qui aiunt, posse à beneficiario constitui Censum triennalem super fructibus beneficij, constitutum verò ad longius tempus in sola beneficiarij persona pro reliquo tempore contineri.

Contrariam partem, quòd scilicet non possit beneficiarius cōstituere Cēsum super fructibus beneficij, tenet absolutè Virginius *part.* 2. *de Censibus n.* 75. & cum alijs Bonacina *suprad. n.* 12. eamque veriorem existimat Azor *part.* 3. *lib.* 10. *c.* 7. *q.* 5. Probant, quia tales fructus sunt res mobilis, super quibus non potest constitui Census, juxta Bullam Pij V. *disp. seq.* explicandam. Unde hi Auctores non negant quòd, spectatâ solùm rei naturâ, secluso jure positivo, possit super his fructibus, proprius Census constitui; Virginius autem, teste Azor, inde etiam hanc sententiam probat, quia in *Extravag. Ambitiosæ*, prohibentur alienari res Ecclesiasticæ, Censûs autem cōstitutio, species quædam alienationis sit. Sed hanc rationem improbat Azor, & meritò, tum quia fructus beneficij sunt res mobiles non pretiosæ, ab Ecclesia autem sola alienatio immobilium, & mobilium pretiosarum prohibetur. Tum maximè quia postquam supponuntur acquisiti à beneficiario, non sunt res Ecclesiasticæ, & liberè ab eo possunt vendi, & obligari pro tempore, in quo jam ipsi erunt acquisiti. Cæterum mea sententia hac in re est, super fructibus beneficij, ut jam supponuntur acquisiti à beneficiario, non posse etiam ex naturâ rei constitui Censum, nisi tales sint, ut, salvâ eorum substantiâ, possint aliquam utilitatem reddere, ut oves, boves, &c. juxta dictâ *superiori sect. n.* 34. spectatâ verò Bullâ Pij V. prohibentis creari Censum super rebus mobilibus, neque super fructibus hujus posterioris generis Censum institui posse, cùm sint res mobiles

Utrùm super re Emphyteuticâ possit Emphyteuta Censum constituere absque consensu domini?

§. III.

SUMMARIUM.

Negant aliqui posse ab Emphyteuta constitui censum super re Emphyteutica absque Consensu domini directi. n. 62.

Opposita sententia est verior. n. 63.

Satisfit fundamentis prioris sententiæ. num. 64.

Potest similiter libellarius Censum constituere super libello, quæ est quædam species Emphyteusis. n. 65.

Vtrùm etiam possit feudatarius Censum imponere super re feudali absque consensu domini? Quidam affirmant, alij negant. ibidem.

62 TErtia quæstio est, utrùm super re Emphyteutica possit constitui Census ab Emphyteuta absque consensu domini directi? Negant Cald. *de extinct. Emphyteusis c.* 5. *n.* 26. Bonac. *disp.* 3. *de contract. q.* 4. *n.* 12. Scacc. *de commerc.* §. 1. *q.* 1. *n.* 187. Stephan. Gratian. *discep. for. c.* 903. *n.* 8. Vgol. *de usuris c.* 44. *num.* 4. Fragos. *tom.* 3. *disp.* 10. §. 3. *n.* 3. Virginius, quem citat, & sequitur Azor *part.* 3. *lib.* 10. *cap.* 7. *quæst.* 4. *juncto vers. præcedenti.* Probatur, quia Emphyteuta non potest Emphyteusim vendere absque Consensu domini, ut habetur *L. ultima Cod. de jure Emphyt.* atque adeò nec eam alio modo alienare, aut obligare. Arguit præterea Azor quia Emphyteuta, & feudatarius non habet plenum dominium rei Emphyteuticæ, sed tantùm dominium utile, quod facilè potest amittere, cadendo in commissum. Unde in magno periculo amittendi Censum constituet emptorem, cui illum super tali re vendiderit, siquidem dominus directus, ad quem res pleno jure revertetur, Emphyteuta in commissum cadente, non tenebitur Censum ex illa solvere.

Oppositam nihilominùs sententiam probabilius tenent Follerius *in Pramagtica Regis Alphonsi, de Censibus. verb. hujusmodi Census super rebus, n.* 81. & Rodoanus *de rebus Ecclesiasticis non alien. Rubr. de constitutione annui Censûs q.* 17. *n.* 35. *quos citat, & sequitur* Solis *lib.* 2. *de Censibus cap.* 4. *sub num.* 15. tenet etiam Lara *de anniversarijs, & capellaniis lib.* 1. *cap.* 19. *n.* 10. addens talem Censum durare quandiù durat jus Emphyteutæ, Boer. *decis.* 181. *n.* 7. Intrigliol. *ad pramagt. de Censibus q.* 28. *n.* 1. *&* 7. Molfes. *tract.* 12. *cap.* 6. *n.* 73. Marescot. *lib.* 3. *variarum cap.* 10. *n.* 49. Censius *de Censibus, part.* 1. *cap.* 2. *q.* 2. *art.* 2. *aliàs q.* 22. *n.* 8. Duard. *in Constit. Pij V.* §. 1. *q.* 12. *n.* 2. & cum alijs Leotard. *de usuris q.* 52. *n.* 9. *& seqq.* Nec ab hac sententia videtur alienus, Caldas *supra*, qui solùm negat de Censu, cui res semper sit subjecta. Probatur, quia licet Emphyteuta non possit absque Consensu domini vendere Emphyteusim, aut in alium transferre, tamen potest illam hypothecare, & in pignus dare, ut tenet Glossa *in dictâ l. ultima Cod. de jure Emphyteutico, verb. alijs vendere*, & communis Doctorum sententia, quos longo ordine refert Solis *loco citato*, satisque apertè sumitur ex *l. tutor.* §. *ult. ff. de pignoratitia actione.* Atque idem dicendum esse, attento jure Lusitano, tradit Gama *decis.* 28. *n.* 2. affirmans sic judicatum fuisse in Regio Senatu, & ideò nihil mirùm, quòd etiam obligationi Censuali eam possit subjicere, minimè requisito consensu domini. Confirmatur, quia Emphyteuta potest sine domini consensu constituere usufructum super Emphyteusi, ut tradunt

Baldus

Baldus *l.* 1. *§. idem in fundo, ff. quibus modis usufructus amittatur.* Tiraq. *de retractu linag. §. 1. glossa 7. num.* 48. Pinel. *in l. 1. Cod. de bonis maternis 2. p. n.* 70. Molina *Iurista lib. 1. de primogenijs cap. 20. n. 6. & multi alij apud* Solìs *supra.* Eadem autem est ratio de Censu.

64 Neque obstant adducta pro contraria sententia. Ad primum enim respondetur, per illam l. ultimam, non prohiberi simpliciter alienationẽ Emphyteusis, sed tantùm secundùm quid, idest, absque consensu domini: quando autem alienatio non prohibetur simpliciter, nihil ea prohibitio obstat, quominùs res possit hypothecari, & obligari alteri, cùm talis obligatio non sit propriè alienatio, sed solũ lato modo, ad quam illa prohibitio secundùm quid minimè extenditur. Ad secundũ responderi posset, qui emit Censum super Emphyteusi, sibi debere imputare periculum eum amittendi, Emphyteutâ in cõmissum incidente, cum sciens, & volens talem Censum emat. Aliter nihilominus respondeo negando, emptorem tali periculo exponi, quia pereunte, amissâvè re Censui subjectâ, non deobligatur Censuarius à solvenda pensione, nisi res perijsset, absque illius culpa: Emphiteuta autem culpabiliter amittit Emphyteusim, incidendo in commissum.

65 Hinc sequitur posse similiter à libellario imponi Censum super libello, quod est quædam species Emphyteusis. Ita Solìs *supra num.* 22. & Leotard. *dictâ quæst.* 52. *num.* 20. Sequi etiam videtur, posse à vassallo, seu feudatario Censum constitui super feudo, inconsulto domino, ut tenet Follerius *loco citato n. 6. & seqq.* quia in re feudali potest vassallus servitutem imponere, ut constat ex *cap. 1. vers. quis ergo, de investitura de re aliena, in lib. 2. feudorum*, & docent Pinelus, & Molin. *supra*, alijque non pauci. Cæterùm contrariam sententiam tenent Virginius *de Censibus parte 2. num.* 74. Azor *p. 3. lib.* 10. *cap. 7. q.* 3. & Solìs *proximè citatus n.* 19, qui inde probat, quia vassallo interdictum est feudum pignori tradere *cap. 1. in principia, de prohibita feudi alienatione, per Federicum, lib. 2. de feudis.*

Illud etiam adverte, quòd circa rem Emphyteuticam dictum est, procedere, nisi dominus in ipsa concessione specialiter caverit, & prohibuerit, ne res possit alienari. Nam, si id prohibuit, non poterit Emphyteuta eam Censui subjicere absque domini consensu, sicut nec hypothecare, vel ullo alio modo, etiam improprio, alienare, ut est communis sententia, quam in specie tradit Stephan. Gratian. *discept. for. c.* 202. *n.* 26. *& cum alijs*, Leotard. *dictâ quæstione* 52. *num.* 17. *&.* 22. ubi idem dicit in libello.

Vtrùm super usufructu possit constitui Census ab usufructuario?

§. IV.

SUMMARIUM.

Census constitui, & vendi potest super usufructu ab ipso usufructuario pro solo tempore vitæ suæ. Et utrùm id procedat spectatâ constit. Pij V? n. 66.

Vsurarius non potest Censum constituere super jure utendi. Qui autem habet jus habitationis, ut eam potest vendere, & locare, sic & Censum super illam constituere. ibidem.

Super proprietate, in qua quis habet usumfructum, potest dominus proprietatis constituere Censum, pro tempore, quo jam erit finitus ususfructus: ipse verò usufructuarius Censum constituere nequit super tali proprietate, absque consensu domini. n. 67.

QUarta quæstio est, utrùm Census possit constitui ab usufructuario super usufructu? Respon-

ponderur posse pro tempore, quo ipse usufructuarius vivit. Ita Hostiens. *tit. de Censibus §. quis imponere in principio*, Bened. Bonon. *art.* 23. *n.* 49. Avendan. *de Censibus c.*71. *n.* 3. Mastril. *decis.* 92. *n.* 14. *lib.* 1. Censius *q.* 25. *n.* 4. Solis *de Censib. l.* 2. *cap.* 4. *n.* 5. Intrigliol. *q.* 34. *de Censib.* Duard. *super constit, Pij V. §.* 1. *q.* 24. *n.* 4. & alij apud Leotardum *infra cit.* Ratio est, quia licèt usufructus non possit cedi extraneo, & eo ipso, quod cedatur, ad dominium proprietatis revertatur, *l. si usufructus* 67. *ff. de jure dotium*: attamen potest vendi, locari, & pignori dari ab usufructuario, pro tempore vitæ suæ, ut habetur *l. Arboribus* 13. *& l. non utitur* 44. *ff. de usufructu*, traditque Pinelus *in l.* 1. *Cod. de bonis maternis*, *p.* 3. *n.* 88. & relatis alijs, Solis *sup. n.* 1. ergo potest etiam in eo constitui, ac vendi Cēsus pro tempore, quo usufructuarius vivit, cum hoc sit minus, quàm ipsum usumfructum pro eo tēpore vendi. Credit autem Leotardus *de usuris q.* 51. *n.* 24. *& seq. post Vgol. lib. de usuris c.* 44. *n.* 15. hanc sententiam non habere locum, spectata constitutione Pij V. ubi illa recepta est; quia in illa constitutione solùm permittuntur Census constitui super rebus immobilibus, aut quæ pro immobilibus habentur, ut *disp. seq. sect.* 1. videndum est; usufructus autem etiam super re immobili constitutus, non Cēsetur res immobilis, neque pro immobili habetur, secundùm hos Doctores; quia est servitus personalis, quæ cum persona usufructuarij finitur, & extinguitur, sicut reliquæ servitutes personales, *l. non solùm*, *§. tale*, *ff. de libert. legat. l.* 3. *§.* 2. *ff. de usufructu*, *inst. de usufructu in fine*, & sic jus valdè fragile, quod proinde inter immobilia computari non debet, licèt contrarium voluerit Avendan. *loco supra cit.*

De usurario autem non vertimus in quæstionem; an possit constituere Censum super jure utendi? Exploratū enim est id ei non licere, ut tradunt Avendant. *de Censibus cap.* 72. *n.* 1. *&* 3. Solis *dicto cap.* 4. *n.* 6. & cum alijs Leotard. *d. q.* 51. *n.* 20. quia jus utendi, nec vendi, nec locari, aliovè modo alienari potest *Instit. de usu & habitat in principio*, ibi: *Nec ulli alij jus, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest.* Hinc tamen meritò excipit Solis *n.* 7. habitationem quia juxta *l. cùm antiquitas Cod. de usufructu*, is, cui habitatio relicta est, eam vendere, & locare potest, atque adeò, & Cēsum super illa constituere. Quod intellige ubi non fuerit recepta Constitutio Pij V. juxta proximè dicta de usufructu.

67 Si verò quæras, utrùm super proprietate, in qua quis habet usumfructum possit imponi Census, sive à domino illius, sive ab usufructuario. Respondet Solis *dicto cap.* 4. *n.* 9. *seq.* imponi posse à domino, non autem ab usufructuario sine consensu domini. Quæ sententia quoad utranque partem vera est, dummodò prior pars intelligatur de Censu imposito ad percipiendos reditus, qui provenient ex tali proprietate post finitum usum fructum. Quâ moderatione suppositâ, cessant multa, quæ circa hoc punctum latè scribit Leotard. *dictâ q.* 51. *à n.* 1. impugnando Censium, Duardum, & Solis, quod simpliciter asserverint, posse à domino proprietatis constitui cēsum super ipsa proprietate. Ratio dictæ prioris partis est, quia dominus, non obstante usufructu alterius, potest alteri tertio proprietatem obligare ut constat ex *l.* 2. *Cod. de usufructu*. Et licèt pro tempore, quo usufructus durat, non possit alteri concedere jus percipiendi ex illa utilitatem, cum tota illius temporis utilitas ad usufructuariū spectet: attamen potest illum concedere pro sequenti tempore, quando jam usufructus non existat, quod nihil est, aliquid quam subjicere talem rem Censui postea solvendo.

Alia pars, quòd scilicet usufructuarius

rius non possit proprietatem Census subjicere absque domini consensu, recipitur communiter à Doctoribus, pro qua plures refert eos sequens Leotard. *dictâ q. 51. n. 28.* Et constat facilè, quia proprietas respectu usufructuarij est simpliciter res aliena: super re autem aliena nemo absque domini consensu potest Censum constituere, quemadmodùm nec illam subjicere pignori, aut hypothecæ. Si objicias posse Emphyteutam constituere Censum, & hypothecam super re Emphyteutica absque consensu domini, ut tradimus §. *præcedenti n. 63.* ac proinde idem concedi debere usufructuario respectu proprietatis? Respondeo esse diversam rationem in Emphyteuta, quia licèt is non habeat dominium directum super re Emphyteutica, habet tamen utile; usufructuarius autem nullũ dominium habet super proprietate, sed tantùm usumfructum; qui autem nullâ ratione est dominus rei, nullam realem obligationem illi potest imponere absque domini, vel superioris cõsensu. Quæ ratio probat, neque super melioramentis in re factis ab usufructuario posse Censum ab eo constitui, quia talia melioramenta cedunt domino rei, seu proprietatis, cui adhærent, & usufructuarius solùm est creditor expensarum, vel æstimationis illorum: in quo etiam credito Census constitui non potest, sicut neque in ullis alijs actionibus tam ad res mobiles, quàm immobiles; cùm tales actiones sint per se infructiferæ; prout hæc omnia latiùs tradit, relatis alijs. Leotard. *dictâ q. 51. n. 32. & seq.*

Utrùm possit constitui Census super rebus fidei commisso, & restitutioni subjectis?

§. V.

SUMMARIUM.

Super rebus subjectis fidei commisso, & restitutioni potest constitui Census duraturus, donec casus restitutionis adveniat. n. 68.

Hoc tamen intelligitur, nisi res sit subjectâ restitutioni purè, vel in diem certum. Item, nisi fuerit relicta cum expressâ prohibitione alienationis. ibidem.

Non autem tollit ejusmodi prohibitio, quominùs jus percipiendi commoditatem talis rei possit alteri concedi pro tempore, quo non oportet ipsam rem restitui, nec quominùs super tali commoditate possit constitui Census duraturus, quousque adveniat tempus restitutionis. n. 69.

Super rebus subjectis vinculo maioratûs potest possessor Censum constituere pro tempore vitæ suæ. n. 70.

Si verò maioratus sit institutus per ultimam voluntatem, & institutor expressè prohibuerit alienari res illi subjectas, tunc nec pro tempore vitæ suæ potest possessor Censum super illis constituere. ibidem.

Quid si non sit institutus per ultimam voluntatem? ibidem.

Expressa tamen alienationis prohibitio non tollit, quominùs possessor pro tempore vitæ suæ possit alienare jus percipiendi commoditatem maioratûs, & Censum super illo constituere: nisi ipsa etiam commoditas fuerit expressè alienari prohibita. eod. num. 70. in fine.

Quinta quæstio est, utrùm in rebus fidei commisso, & restitutioni subjectis possit constitui Census? Respondetur posse in eis constitui Censum, qui duret, donec casus restitutionis adveniat. *Ita* Follerius *in Pramagtica de Censibus, verbo Hujusmodi Census super rebus n. 23.* Solis *lib. 2. de Censibus cap. 3. n. 15.* Avendan. *de Censibus Hisp. c. 61. n. 6.* Bened. Bonon. *tract. de Censib. art. 29. n.* 68

55.

55. Virgin. *de Censib. p. 2. num. 78.* & multi alij, quos latè refert eos sequens Fusarius *de subst. q. 706. n. 1.* & Leotard. *de usuris q. 54. n. 5.* licèt contrarium afferat Azor *parte 3. lib. 1. c. 7. q. 7. fine.* Ratio est, quia res subjectæ fideicommisso possunt à gravato alienari; ea verò alienatio adveniente die restitutionis revocatur, *l. ultima §. sin autem, Cod. communia de legatis, l. servo legato, §. 1. ff. de legatis. 1. l. cùm pater §. libertis ff. de legatis 2.* & communiter Doctores, ut apud citatos videre licèt: ergo etiam realis obligatio Censualis in tali re potest constitui, cùm sit quædam species alienationis, quæ tamen, adveniente casu restitutionis, extinguenda sit. Confirmatur, quia possessor gravatus fideicommisso est verus dominus rei fideicomissariæ, *l. generaliter ff. qui, & à quibus, & l. quoties, Cod. de donationibus, quæ sub modo*, dominus autem potest alienare, & obligare rem, quam tenetur restituere, duratque ea alienatio, vel obligatio, quandiù non advenit tempus restitutionis, quia resoluto jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis. *l. lex. vectigali ff. de jure fisci.*

Intellige verò hanc resolutionem
69 de rebus subjectis restitutioni sub conditione, vel sub die incerta, ut notant communiter Doctores, & tradit relatis pluribus Leotard. *loco citato*: nam si res subjecta sit restitutioni purè, vel sub die certa, ut quando testator simpliciter jussit aliquod legatum alicui dare, vel post diem Paschæ, tunc non potest ea res alienari, nec pignorari, ut habetur dictâ *l. ultima §. sed quia nostra, Cod. communia de legatis*, quia fideicommissarius in hoc casu statim acquirit jus in tali re, quæ proinde jam respectu gravati censetur aliena, atque adeò nec Censum in ea potest constituere.

Adverte prætereà, si testator expresse prohibuisset alienari fideicommissum, seu rem subjectam restitutioni, non posse in ea constitui usumfructum, nec aliam realem obligationem, etiam pro tempore, quo gravatus vivit, ut ex jure, & Doctoribus bene probat Molina Iurista *lib. 1. de primogenijs cap. 20. n. 10.* & tradit cum multis alijs Fusar. *dictâ quæst. 706. n. 2.* & Leotard. *dictâ quæst. 54. n. 9.* Non tollit autem illa prohibitio, quominùs commoditas talis rei, seu facultas ad illam percipiendam alteri possit concedi, vel competere, pro tempore, quo non oportet rem fideicommissario restitui, ut notat idem Molina *n. 11.* unde nisi expressè etiam caveatur à testatore, ne commoditas talis rei ad alium pertineat, non obstabit sola expressa prohibitio alienationis, quominùs Censûs in ipsâ commoditate constitui possit pro tempore, quo gravatus non tenetur restituere.

Ex his colliges, etiam in rebus maioratuum, qui si constituantur per ultimam voluntatem, sunt quædam fideicommissa particularia perpetua, (ut bene cum alijs Valasc. *de jure Emphyteusis q. 50. n. 29.*) posse constitui Censum ad vitam possessoris, nisi ab institutore sit expressè prohibita earum alienatio, ut tradit Solis *dicto cap. 3. n. 16.* Nam etiam possessor maioratûs in bonis illius potest ad tempus vitæ suæ servitutem constituere, ut ex jure probant Molina Jurista *dicto cap. 20. n. 4. & 5. & alijs relatis* Solis *dicto n. 19.* ergo etiam potest constituere Censum pro eodem tempore. Si tamen institutor alienationem expressè prohibuerit, nulla realis obligatio, atque adeò nec Census poterit in eo constitui, etiam ad vitam possessoris, quia illa expressa prohibitio aliquid debet operari ultra prohibitionem legalem, quâ generaliter interdictum est, ne bona restitutioni subjecta ultra vitã possessoris alienentur: igitur per illam institutoris prohibitionem debet censeri etiam prohibita alienatio pro tempore, quo possessor vivit, ut latiùs prosequi- 70

sequitur idem Molina *n.* 15. Advertit autem ipse Molina *lib.* 1. *c.* 12. *à n.* 33. hoc procedere, quando maioratus est institutus per ultimam voluntatem: si enim institutus sit per contractũ, tunc non obstare illam expressam prohibitionem, quominus ad vitam possessoris alienari possit, nisi institutor expresserit, quòd ubi possessor alienaverit, aut de alienando tractaverit, statim amittat maioratum, & sequens vocatus illas vendicare possit. At, si per institutorem non sit etiam expresè prohibitum, ut nec ipsa maioratûs commoditas in alium transferatur, adhuc maioratûs possessor eam poterit alienare, ac Censum in ea constituere, sicut proximè de quibusvis rebus restitutioni subjectis dictum est.

Vtrùm in re communi possit constitui Census?

§. VI.

SUMMARIUM.

Super re communi potest ab uno sociorum constitui Census, licèt non possit constitui propria servitus, altero socio invito. num. 71.

71 Sexta quæstio est; utrùm in re communi Census possit constitui, ut in prædio, quod pro indiviso duobus dominis competit? Negat Petrus Salazar *tract. de usu, & consuetudine cap.* 11. quia, qui habet rem communem, non potest jus servitutis in ea constituere. *l.* 2. *ff. de servitutibus*, ibi, *unum ex dominis communium ædium servitutem imponere non posse.* Quod etiam probat textus *in l. per fundum, & in l. unum ff. de servitutibus rusticorum prædiorum, & in l. ultima ff. communia prædiorum.* Obligatio autem ad Censum est quædam servitus; igitur in re communi constitui non potest.

Contrarium nihilominùs docet meritò Solis *lib.* 2. *de Censibus cap.* 3. *sub n.* 21. Fundamentum est; quia res communis secundùm portionem, quæ uni sociorum pro indiviso competit, vendi ab eo potest. *L. falso*, 3. *Cod. de communium rerum alienatione*: res autem, quæ venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest. *L. sed & quod ad eas* §. 1. *ff. de pignoribus*: ergo etiam obligatio Censûs in ea potest constitui. Accedit *l. unicâ, Cod. si res cõmunis pignori data sit*, ibi, *portionem suam dando, obligationem creditori quæsivit; unde intelligimus contractum ejus nullum præjudicium dominio vestro facere potuisse.* Ex quo planè colligitur in re communi Censualem obligationem constitui posse in præjudicium solius constituentis. Neque oppositum rectè desumitur ex eo, quòd socius nequeat servitutem imponere in re communi; quia Census, etiam Realis, propria servitus non est, licèt quandam cum illa similitudinem habeat: neque in eo militat eadem ratio, propter quam interdictum fuit, ne socius posset rem communem servituti subjicere; nam servitus non potest in re acquiri, & cõservari absque facto hominis tangente realiter partem alterius socij, illique præjudicium inferente; aliæ autem obligationes, ut pignoris, Censûs, & cæt. etiam absque ullo sociorum præjudicio consistere possunt, ut per se patet.

Vtrùm in rebus dotalibus possit maritus Censum constituere?

§. VII.

SUMMARIUM.

Proponuntur duæ sententiæ contrariæ circa hanc quæstionem. n. 72.

Statuitur, & probatur quædam sententia

tia media. n. 73. & 74.

Quando dos traditur viro æstimata, non præsumitur in dubio tradi æstimata, æstimatione venditionem faciente. n. 73.

Quando dos non traditur viro æstimata, æstimatione venditionem faciente, non transit ejus dominium in virum, nisi tantùm fictione quadam ad aliquos effectus. ibidem.

Secus, si tradatur æstimata, æstimatione venditionem faciente. n. 74.

Etiam quando dos tradita est viro æstimata, æstimatione venditionem faciente, potest uxor, soluto matrimonio, repetere res dotales à viro alienatas, si vir aliàs non sit solvendo. n. 74.

Secundùm jus Lusitanum non potest maritus Censum constituere absque consensu uxoris, non solùm super rebus dotalibus, sed neque super alijs immobilibus. n. 75.

72 Septima quæstio est, utrùm in rebus dotalibus possit maritus Censum constituere? Follerius *in Pramagtica de Censib. verbo Hujusmodi Census super rebus. n. 22.* Rodoanus *de rebus Ecclesiasticis non alien. q. 17. rubrica de constitutione annui reditûs, n. 20.* Avendan. *de Censibus c. 79. n. 7. in fine*, Duard. *super constit. Pij V. §. 1. q. 15. n. 29. & 30.* & alij apud Leotard. *infra cit.* sentiunt posse à marito Censum in illis rebus constitui pro tempore constantis matrimonij, seu, quo fundus dotalis penes ipsum maritum erit. Probant; quia maritus, constante matrimonio, habet dominium dotis. *L. doce ancillam, Cod. de rei vendicatione, l. si prædium, & l. in rebus, Cod. de jure dotium, & alijs juribus.* Contrarium verò tenent Azor *p. 3. lib. 10. cap. 7. q. 6.* Bonacina *tom. 2. disp. 3. de contractib. q. 4. puncto unico n. 11.* Vgolin. *de usuris, cap. 44. n. 6.* & alij. Probant contrario fundamento; quia dos est res aliena, respectu mariti: nemo autem rem alienam potest Censui, alijvè obligationi subjicere. At hoc fundamentum sustineri non potest, saltem respectu rerũ dotalium, quæ marito traduntur æstimatæ æstimatione venditionem faciente: harum enim dominium in maritum transit, sicut & periculum, & cõmodum, ut patet ex *l. quoties 5. & ex l. cum dotem 10. Cod. de jure dotium, & alijs juribus*, estque res indubitata.

Alij ergo ut Solis *lib. 2. Censibus cap. 3. n. 13.* Matescot. *lib. 3. variarum cap. 10. num. 17. & 19. Censius q. 18. n. 9.* & Leotard. *de usuris coercendis q. 51. n. 43. cum seqq. usque ad 46.* distinctione utuntur, asseruntque in rebus dotalibus, quæ traditæ sunt viro inæstimatæ, nullum à marito posse imponi Censum: secus verò in rebus, quæ traditæ sunt æstimatæ æstimatione venditionem faciente; quod in dubio non præsumitur, ut ex nonnullis legibus tradit Cald. *tract. de extinct. Emphyteusis, cap. 16. n. 23.* dicens, quòd æstimatio magis videtur facta ad designandam constitutionem dotis, quàm ad faciendam venditionem. Prior pars videtur omninò certa; tum quia talium rerum dominiũ in maritum non transit, nisi tantùm secundùm quandam fictionem, & subtilitatem juris, ad quosdam effectus, quatenùs scilicet ad illum spectat earum administratio, & actiones circa illas, ut patet ex *dictâ l. in rebus, Cod. de jure dotium*, & bene tradit Mol. *tomo 2. disp. 426. n. 2.* Tum maximè; quia, sive maritus dominium talium rerum habet, sive non, prohibetur simpliciter eas alienare, ut constat ex *l. 1. & toto fermè titulo, ff. de fundo dotali, & l. ultima, juncta glossa ibi, Cod. eodem titulo, & inst. quibus alienare licèt, vel non, in principio*, ubi additur, neque de consensu uxoris eas posse alienare, aut obligare: ergo in his Censum constituere non potest, etiam uxore consentiente, cum Censûs constitutio quædam sit alienatio, & obligatio. Adverte autem, si mulier consentiat, & juret se tali alienationi non cõtraventuram, firmari illum contractũ, jura-

juramento, firmumque proinde evadere. Censum super illis rebus constitutum. *Cap. cum contingat, de jurejurando; & cap. licèt mulieres, eodem titulo, in. 6.*

74 Aliam partem inde probat Solìs; quia res dotalis, quæ viro traditur æstimata æstimatione venditionem faciente, pleno jure pertinet ad maritum, & potest liberè ab eo distrahi, & alienari, ut sumitur ex *dictâ l. quoties. 5. Cod. de jure dotium, & ex l. æstimatis, 51. cum sequenti. ff. soluto matrimonio.* Addit tamen idem Doctor, Censum in talibus rebus à marito constitutum non esse firmum; quia uxor, soluto matrimonio, agere potest ad vendicandas res dotales à marito alienatas, etiam si æstimatæ fuissent traditæ, ut habetur in *dictâ l. in rebus, Cod. de jure dotium,* & licèt mulier alienationi consenserit: pro qua traditione allegat Baldum, Covar. & alios: itaque ut Census in talibus rebus à marito constitutus evadat firmus, oportere, ut mulier consensum juramento confirmet; aliàs semper ei licere, res illas vendicare, ac liberas, extincto Censu, recuperare. Barbosa verò *in dictâ l. æstimatis, num. 25. ff. soluto matrimonio,* hoc intelligit, quando maritus, soluto matrimonio, non esset solvendo: tunc enim ait posse uxorem repetere res dotales, quas æstimatas ei dedit, & ab eo fuerunt alienatæ. Cæterùm cum hoc stat posse à marito absque ullo uxoris consensu firmum, & securum Censum in rebus hujus generis constitui, pro tempore, quo matrimonium constat. Hæc procedunt spectato tantùm jure communi.

75 Si autem jus Lusitanum spectemus, quod *lib. 4. Ord. tit. 48.* absolutè interdicit marito, ne ulla bona immobilia alienare possit absque expresso uxoris consensu; videtur generaliter statuendum, neque super bonis dotalibus, neque super ullis allijs, posse à marito absque uxoris consensu constitui in hoc regno Censum ad longum tempus, ut ad decennium, & ultra. Ratio est; quia constitutio talis Censûs, est alienatio cujusdam juris, quod inter bona immobilia computatur, ut constat ex supra dictis *n. 43.* & sumitur apertè ex eodem jure Lusitano, *dicto titulo 48. §. penultimo, & lib. 3. tit. 47. in principio.*

Vtrùm super publicis officijs possit constitui Census?

§. VIII.

SUMMARIUM.

In publicis officijs, ut scriptorijs, notariatibus, & similibus, potest constitui Census. n. 76.

Idque etiam spectato jure Lusitano. num. 77.

Secus in officijs habentibus administrationem justitiæ, ut in officio judicis, prætoris, & cæt. ibidem.

Quædam aliæ quæstiones remissivè. num. 78.

Octava quæstio est, utrùm super publicis officijs, ut scriptorijs, notariatibus, & similibus possit Census constitui? Respondent affirmativè Foller. *in dictâ Pragmatica de Censibus, dicto verbo, Hujusmodi Census super rebus, n. 40.* eum referens Solìs *lib. 2. de Censibus, cap. 3. num. 32.* additâ tamen limitatione, nisi sint officia, quæ annexam habeant administrationem justitiæ, ut officium prætoris, & similia. Avendan. *de Censibus Hispan. cap. 55. n. 7.* Salas *tract. de Censib. dub. 7. n. 2. vers. secundo patet,* Intrigliol. *in Pramagt. de Censib. q. 32. n. 8.* & Leotard. *de usuris q. 46. n. 10.* qui notat, hujusmodi officia Censeri bona immobilia. Probatur hæc sententia; quia officia administrationem 76

 justi-

justitiæ non habentia, possunt vendi ab ipsis officialibus, ut multis relatis Doctoribus tradit idem Solìs *n.* 27. & ergo & subjici obligationi Censûs, sicut & pignori atque hypothecæ; nam quæ venditionem recipiunt, pignori dari possunt, *L. sed & quò ad eas*, §. 1. *ff. de pignoribus*, & consequenter etiam subjici Censui, quatenùs ex illis emolumenta, & reditus singulis annis proveniunt.

77 Spectato autem Lusitano jure, videtur hoc non nihil habere difficultatis, cum *lib.* 1. *Ordinat. tit.* 95. *in principio*, prohibeantur tabelliones, scribæ, & cæteri officiales Regij, qui officium ab ipso Rege habent, illud vendere, aut renuntiare, vel in alium transferre absque Regis licentia. Nihilominùs etiam, spectatâ hac lege, credo constitui posse Censum in hujusmodi officijs. Primò; quia per hanc legem non prohibetur simpliciter alienatio talium officiorum, sed tantùm secundū quid, id est, sine licentia Regis: quando autem res non prohibetur simpliciter alienari, sed tantùm absque alterius consensu, ea prohibitio non tolit, quominùs alteri obligari possit, ut supra *n.* 64. de re Emphyteutica diximus. Secundò; quia ratio hujus prohibitionis, fuit, ut auferretur occasio, & periculum transferendi illa officia in personas minùs idoneas, quæ cum damno Reipublicæ illa administrarent: hæc autē ratio non militat in constitutione, & venditione Censûs super talibus officijs. Tertiò denique; quia non oportet, ut Census constituatur immediatè, & per se super ipso officio, quod, propriè loquendo, nihil est aliud, quàm jus, seu facultas quædam ad aliquod munus publicum obeundum, sed potest, imò debet tantùm constitui in alio jure illi muneri annexo, nimirum percipiendi salarium, & emolumentum propter tale munus, quod jus non prohibetur vendi, & obligari, esto ipsum munus omninò prohiberetur alienari, sicut de beneficijs Ecclesiasticis, spectato solo jure naturali diximus supra *n.* 56.

Si autem officia habeant justitiæ administrationem annexam, ut officium judicis, prætoris, & aliorum magistratuum, qui jus dicendi munere funguntur in civitatibus, vel provincijs, non poterit in eis constitui Census ab ipsis officialibus, ut post Foller. & Solìs *loco citat.* tradit etiam Leotard. *dict. q.* 46. *n.* 11. *&* 12. Quia illi judices, & magistratus non habent dominium officiorum, quæ gerunt, sed solùm exercitium, & admistrationem ex commissione Regis, vel Principis supremi. *L.* 1. §. 4. *ff. de offic. prætor.* ibi, *cùm urbem nostram fidei tuæ commiserimus.* Et sic, neque illa vendere, neque pignori, aut hypothecæ obligare possunt, atque adeò neque Censui supponere.

Alias quasdam quæstiones minoris 78
momenti, ut, an possit constitui Census in rebus ad Rempublicam, seu ad populum spectantibus? Item, an in arboribus, molendinis, superficiebus, salinis, columbarijs, & cæt. consultò omitto; quæ videri possunt, tum apud Azor 3. *parte lib.* 10. *cap.* 7. *q. ultima*, ubi agit de Censu super rebus populi, tum maximè apud Solìs *lib. de Censibus, cap.* 3. *&* 4. & apud Leotard. *de usuris, q.* 45. *per tot.* qui has omnes quæstiones minutatim, & ad satietatem pertractant, ac ferè omnes affirmativè resolvunt, ex illa generali regula, quod in omni re frugifera Census potest constitui, secundùm rei naturam, ut sectione præcedenti ostensum est. Utrùm verò in re uni Censui subjecta possit constitui alius Census? dicemus commodius sectione sequenti.

SECTIO

SECTIO SEXTA.

Quam dependentiam habeat Census à re, in qua est constitutus?

SUb hoc titulo aliquæ non inutiles comprehẽduntur quæstiones, quæ etiam maioris distinctionis causâ sub suis peculiaribus titulis, ut in præcedenti Sectione, à nobis sunt expediendæ.

Vtrùm pereunte re Censitâ pereat similiter Census, ita ut Censuarius maneat deinceps omninò deobligatus?

§. I.

SUMMARIUM.

Proponitur sententia existimantium, pereunte re Censitâ, adhuc non manere deobligatum Censuarium, secundùm naturam contractûs Censualis à solvenda pensione. *num* 79.

Statuitur contraria sententia tanquam simpliciter vera, & communis. n. 80.

Si tamen res pereat dolo, aut culpâ, etiam levi, Censuarij, tenetur ipse Censuarius ad interesse Censuista, vel ad similem Censum illi constituendum super alia re immobili. n. 81.

Contractui Censuali potest accedere fidejussor, tum ad securitatem pensionis à Censuario solvendæ, tum etiam pro casu evictionis: & utrumque, etiam spectatâ Bullâ Pij V. n. 82.

Pereunte autem re Censitâ absque culpa Censuarij, manet liber talis fidejussor. ibidem.

Si solùm jus natura spectetur, non est illicitum, nec invalidum pactum, quo Censuarius se obliget ad solvendam pensionem Censualem, etiam in eventu, quo res Censita absque ulla sua culpa pereat: secus autem spectatâ Bullâ Pij V. n. 83.

Per contractum Censualem, quo Census Realis constituitur, non emuntur pensiones, quas res Censita singulis annis parit, sed solùm jus ad illas ex tali re percipiẽdas. n. 84.

Si res Censita aliquo anno non reddat fructus sufficientes ad solvendam integram pensionem, adhuc manet obligata ad pensionem illius anni solvendam ex fructibus sequentium annorum. ibidem.

Censuarius abdicans à se possessionem rei Censitæ liberatur ab obligatione solvendi pensiones in futurum. sub eodem numero. 84.

PRima quæstio est; utrùm pereunte re, pereat similiter Census super ea constitutus, ita ut Censuarius maneat deinceps omninò deobligatus à pensionibus solvendis? Negant Sotus *lib. 6. de justitia, q. 5. art. 1. sub conclus.* 4. Covar. 3. *variarum, c. 7. n.* 5. Solis *lib. 1. de Censibus, cap. 4. sub n. 3. vers. hæc tamen responsio*, Salas *de Censibus dub. 33. n.* 2. & multi alij, quos referunt. Fundamentum est primò; quia contractui Censuali, quo res aliqua subjicitur Censui, potest accedere fidejussor pro securitate pensionis solvendæ, ex regula generali, quòd in omnibus obligationibus potest assumi fidejussor, §. *in omnibus, Instit. de fidejussoribus*; non potest autem consistere fidejussio pro obligatione Censuali, nisi ipsa persona Censuarij sit per se immediatè obligata ad solvendam pẽsionem, etiam post peremptam rem Censui suppositam; quia, si sola res per se immediatè obligatur ad talem pensionem, deberet fidejussor tali obligationi accedens promittere, & assecurare durationem, & conservationem talis rei, ultra quod illa secundùm naturam durare potest, quæ promissio est vana, & inutilis. *L. Non moriturum, Cod. de contrahen. & committen. stipulat. ibi, Non moriturum præstare servum; impossibilis promissio est*: ergo fateri de- 79

bemus per contractum Censualem, non solùm rem Censui suppositam, sed etiam personam Censuarij per se immediatè obligare ad pensionem solvendam; atque adeò, licèt res destruatur, adhuc personam manere obligatam.

Secundò; quia contractus Censualis est vera emptio, & venditio annui reditûs: ex emptione autem resultat per se immediatè obligatio personalis in venditore: & licèt pro securitate tradendæ mercis res aliqua obligetur, talis rei obligatio habet rationem hypothecæ, vel pignoris, quæ non tollit, quo minùs, pereunte, aut non sufficiente ipsâ re, ut ex illa creditori satisfiat, venditor nihilominùs obligatus maneat ad integrè satisfaciendum. *L. adversus debitorem*, ubi Bartolus, & Baldus *Cod. de action. & obligat.* & alijs juribus. Tertiò, quia alioquin, si uno anno fructus rei perirent, aut ab ea non redderentur, maneret Censuarius eo anno deobligatus à pensione solvéda; quod est contra praxim ubique receptã. Fatetur tamen Covar. si Census constituatur cum ea declaratione, ut neque ipse constituens, neque ejus hæredes teneantur ad solutionem reditûs, nisi ratione rei, & quandiù illam possederint, tunc, re pereunte, etiam Censum perimi, & extingui.

80 Vera nihilominùs, & communis sententia est, ex natura contractûs Censualis, pereunte re, in qua Census est constitutus, perire similiter ipsum Censum. Ita Valasc. *de jure Emphyt. quæst.* 32. *num.* 16. Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis, quæst. ultima, propè finem, §. nota* Molina *tomo* 2. *disput.* 383. *num.* 12. *& disp.* 391. *num.* 3. Azor. *parte* 3. *lib.* 10. *cap.* 5. *q.* 3. affirmans esse communem sententiam. Sâ *verbo Census, num.* 1. Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 18. *n.* 4. Valentia *tomo* 3. *disp.* 5. *q.* 22. *punct.* 2. *vers. Sexto quæritur, & seqq.* Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubitatione* 2. *num.* 8. *& dubitatione* 5. *num.* 35. Rebel. 2. *parte lib.* 10. *q.* 3. *n.* 14. Bonacina *tom.* 2. *disp.* 3. *de contractib. q.* 4. *puncto unico, n.* 28. Leotard. *de usuris, & contract. usurar. coer en. q.* 57. *n.* 42. & alij. Probatur, quia constituens, ac vendens Censum super re aliqua, non vendit per se immediatè illius reditus, sed tantùm jus reale ad eos ex tali re percipiendos, in quo reali jure ratio Censûs consistit: jus autem reale perit cum ipsa re, quẽadmodùm jus personale cum persona: ergo pereunte re Censui subjectâ, perit etiam Census ex natura contractûs, quo Census fuit constitutus. Confirmatur, & declaratur primò; quia ex natura contractûs emptionis, & venditionis, periculum rei emptæ pertinet ad solùm emptorem: sed res empta in contractu Censuali est solùm jus reale, quod, destructâ re, cui inhæret, consistere non potest: ergo illâ pereunte, perit etiam ipsum jus emptori, nec deinceps venditor, aut ejus hæredes illi tenentur pensionem ex tali re solvere. Confirmatur secundò; nam qui Censum super re aliqua constituit, tantummodò se obligavit ad solvendam pensionem ex tali re: obligatio autem personalis respectu certæ rei tollitur, peremptâ re. *L.* 1. *in fine, Cod. de jure Emphyteutico. l. Titia textores, §. finali, ff. de legatis,* 1. *& l. in navi ff. locati,* & latè Antonius Gomes *de contractibus cap.* 15. *n.* 22.

Nota verò; si res pereat dolo, aut 81 culpâ Censuarij, manere hunc obligatum Censuistæ ad pretium Censûs, & ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis, vel ad constituendum illi novum Censum super alia re immobili, ut tradunt Less. supra, *dubitat.* 12. *n.* 91. Rebel. *d. lib.* 10. *q.* 6. *n.* 18. Valentia *d. punct.* 2. *§. hoc autem,* Bonac. *ubi sup.* & alij cum Navar. *cõment. de usuris, n.* 118. Ratio est; quia æquitas justitiæ nõ patitur, ut Censuista damnũ patiatur propter culpã, & malitiã Censuarij. Altius verò hujus obligationis fundamentũ, quod eam magis declarat, est

hoc

hoc, quia custodia rei Censitæ, atque ipsius Census, seu juris in ea collocati, pertinet ad Censuarium, qui Censum vendidit, ut bene advertit Rebel. *dicto libro* 10. *quæst.* 1. *num.* 22. & patet ex generali regula, quòd venditor habens apud se rem venditam, tenetur eam custodire, ne pereat, aut deterior efficiatur, *L. quod sæpe*, §. *si res*, *ff. de contrahenda emptione*, *l. si vendita*. 11. *ff. de periculo*, *& commodo rei venditæ*, *l. venditor domus*, 37. *ff. de actionibus empti*. Hæc autem custodia talis esse debet, ut si res pereat, aut deterior fiat ex levi, aut lata culpa, seu negligentia venditoris, totum rei periculum, aut deterioratio ad ipsum venditorem spectet, ut ex communi Doctorum tradidimus, *tract. de contractibus in genere disp.* 7. *sect.* 2. *regula* 3. *& tract. de emptione*, *& venditione disp.* 1. *sect.* 3. *sub titulo de obligationibus*, *quæ ex hoc contractu oriuntur*. Et sumitur, tum ex alijs juribus ibidem citatis, tum ex *dictâ l. Quod sæpe*, §. *si res*, ubi à venditore talis diligentia exigitur circa rem custodiendam, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet. Igitur si pereat res Censita, atque adeò & Census ex levi, aut lata culpa Censuarij, damnum ejus est, non Censuistæ, cui proindè totum interesse Census perempti præstare debet: sufficitque ad hoc rem perijsse culpa juridica Censuarij, saltem ut adversus illum agi possit in judicio, & ut post sententiam ad eam præstandam teneatur, justa ea, quæ *dictâ disp.* 7. *de contractibus in genere*, *sect.* 1. tradidimus. Et quod dicimus de Censuario, qui Censum vendidit, pari modo procedit in quovis sequenti possessore ejusdem rei Censitæ; nam cum eodem onere custodiæ, & præstandi culpam, in eum translata est.

Ad argumenta prioris sententiæ respondetur facilimè. Ad primum fatemur posse contractui Censuali accedere fidejussorem; tum ad securitatem pensionis à Censuario solvendæ, ut communiter admittunt Doctores Molina *disp.* 391. *num.* 1. Franciscus Garcia *de contractibus* 2. *part. cap.* 4. Sâ *verbo Census*, Rebel. *dicto lib.* 10. *q.* 7. *n.* 2. *& relatis alijs*, Bonac. *dicto puncto unico n.* 30. idque spectatâ etiam Bullâ Pij V. ut ijdem Doctores tradunt; tum etiam pro casu evictionis, etiam attenta dictâ Bullâ Pij V. ut probat Navarrus *lib.* 3. *consiliorum*, *tit. de emptione*, *& venditione*, *consilio* 18. *n.* 3. *in secunda editione*. Negamus autem hoc stare non posse, nisi persona Censuarij per se immediatè ex vi contractus Censualis obligetur ad pensionem solvendam: satis est enim, quòd obligetur mediatè, ratione rei Censitæ, ut fidejussor tali obligationi possit accedere: tunc autem perempta re Censita, tota fidejussoris obligatio cessat; quia Censuarius, qui est principalis debitor, non manet deinceps obligatus ad solvendam pensionem.

83 Si dicas non esse illicitum pactum, quo Censuarius se obliget pensionem solvere, etiam post rem peremptam, & tunc fidejussorem, qui tali obligationi accederet, non manere deobligatum, quanvis res pereat. Respondetur concedendo totum, si naturale jus spectemus, & justum pretium interveniat: addimus autem hoc pactum esse contra naturam contractus, quo Realis Census venditur, secundùm quã sola res Censita est per se immediatè obligata pensioni solvendæ, & persona Censuarij solùm mediatè, ratione ipsius rei, ut probatum est. Unde spectatâ Bullâ Pij V. qua annullantur omnes conventiones directè, aut indirectè obligantes ad casus fortuitos eum, qui aliàs ex natura cõtractus Censualis non tenetur, tale pactum est prorsus irritum, & non tollit quominùs, re perempta, & Censuarius, & fidejussor maneat omninò deobligatus, ut benè advertunt Molina, & Bonacina *locis citatis*.

Ad secundùm respondetur, ex contractu emptionis, & venditionis oriri obligationem personalem in venditore ad tradendum mercem, sicut in emptore ad solvendum pretium; quæ quidem obligatio non cessat, etiam si pereat res hypothecata pro securitate talis obligationis implendæ: non autē oriri ullam obligationem ad præstandos casus furtuitos, & periculum rei venditæ, si post venditionem pereat: atque adeò, còm per contractum Censualem vendatur jus reale percipiendi pensionem ex re Censita, quod illâ pereunte, necessariò destruitur, non teneri Censuarium præstare casum fortuitum, quo res Censita perierit, sed omninò extingui, & perire Censum ipsi emptori, nullâ remanente obligatione apud Censuarium, illum resarciendi.

Ad tertium respondetur negando
84 sequellam; quia per contractum Censualem, quo Census Realis constituitur, non emuntur pensiones, quas res singulis annis parit, sed jus ad eas ex tali re percipiendas. Licèt autem res aliquo anno nullos ferat fructus, vel omnes, quos tulit, casu aliquo pereant, id non tollit, quominùs adhuc pro eo anno sit obligata ad solutionem pensionis, si meritò speretur, quod fructibus sequentium annorum illius anni defetus compensetur, ut communiter tradunt Doctores, & infra q. 4. magis explicabitur, quanvis oppositum censeat Molina *disp.* 390. *n.* 35.

Ex dictis colliges, etiam si res Censita non pereat, Censuarium nihilominùs liberari à solvendis pensionibus in futurum, si ipsam rem alienet, vel dimittat abdicando à se ejus possessionem, ut bene docent Solis *tract. de Censibus, lib.* 3. *c.* 6. *n.* 7. Roderic. *de ann. reditib. lib.* 2. *q.* 9. *n.* 56. Avend. *de Censibus Hispanis, c.* 99. *n.* 3. Censius *de Censib. q.* 92. *num.* 9. & Leotard. *de usur. q.* 57. *n.* 36. ubì ex Thesauro, & Peregrino, subdit, esse in libera facultate possessoris, vel solvere ad ratam fructuum, qui ex re percipi possunt, deductis impensis, & alijs oneribus, vel rem ipsam tradendo, se liberare. Id, quod etiam tradit Navar. *in comment. de usur. n.* 117. *q.* 27. Ratio patet, siquidem persona Censuarij non obligatur ad pensiones solvendas, nisi ratione rei, super qua Census constitutus est, quatenùs, illam possidet: unde cum se non obligaverit ad retinendam ejus possessionem, liberum ei manet eam à se abdicare, & hac ratione liberare se à pensionibus in posterum solvendis. Estque hoc verum, etiamsi possessor prædij Censiti recognitionem fecisset domino Censûs, profitendo se sub tali onere rem habere; quia hæc recognitio fit ex necessitate possessionis, & oneris adhærentis rei possessæ; ac proinde si desinit possidere, cessat tota ejus obligatio. Et ita cum Covar. Roderic. & Avendan. docet Leotard. *dictâ q.* 57. *n.* 37. ubi cum alijs addit, secus esse, si terminos simplicis recognitionis egrediens promitteret, reditum in futurum solvere, nisi nominatim esset actum, quod poterit rem à se abdicando, vel alienando, se ab hac personali obligatione liberare.

Vtrùm re Censitâ ex parte pereunte, Census etiam ex parte pereat?

§. II.

SUMMARIUM.

Quando res Censita perit ex parte, & pars, quæ remanet, non est sufficiens toti pensioni solvendæ, certum est Censum perire ex parte, ut saltem non excedat fructus, quos pars superstes ferre potest. *num.* 85.

Si autem pereunte ex parte re Censitâ, adhuc

adhuc pars remanens sufficiat integræ pensioni solvendæ, nonnulli sentiunt non perire Censum partialiter, secundùm naturam contractûs Censualis, quamvis secùs dicendum sit post Bullam Pij V. n. 86.

At perire in proposito casu Censum pro rata partis rei, quæ perijt, etiam seclusâ Bullâ Pij V. communis sententia tenet, a qua non videtur recedendum. num. 87.

Census non censetur constitutus indivisibiliter in tota re, & in qualibet ejus parte, sed totus in tota re, & pars in parte. num. 88.

Si tamen res Censita dividatur in plures possessores, à quolibet eorum potest Censualista integram pensionem exigere: & cur? ibidem.

Pensio Emphyteutica debetur integra domino directo, quamvis res Emphyteusi subjecta ex parte pereat, si modò pars, quæ remanet sufficiat ad totam pensionem reddendam: & cur secùs sit in pensione Censuali? n. 89.

Si Census constitueretur super rebus indeterminatis, ut, spectato solo jure naturali, fieri potest, tunc pereuntibus ex parte rebus, non propterea secundùm naturam talis contractûs, Census partialiter periret. num. 90.

5 SEcunda quæstio est; utrùm re Censitâ ex parte pereunte, Census etiam ex parte pereat? Hæc quæstio in duplici casu locum habere potest. Primus est, quando peremptâ aliquâ parte rei Censitæ, pars, quæ superest, non reddit fructus sufficientes toti pensioni solvendæ. Secundus est, quando pars aliqua toti pensioni solvendæ sufficiens est. In primo casu cõstat apertè ex proximè dictis, Censum super tali re constitutum ex parte etiã perire; siquidem in parte superstite rei Censitæ non potest consistere jus, & obligatio, ad maiorem pensionem, quã ipsa possit reddere. Unde necesse est, ut Census, qui in tota re erat constitutus, aliqua etiam ex parte pereat, aut saltem non excedat fructus, quos pars superstes ferre valet.

In secundo casu nonnulla potest esse dubitatio, si solam naturam contractûs Censualis spectemus. Licèt enim Pius V. *in dictâ Bulla de creandis Censibus*, expressè constituerit, ut deinceps pereunte ex parte re Censitâ, Census etiam pro rata periret, tamen hanc conditionem, non inesse secundùm naturam contractûs, neque habere locum in Censibus constitutis ante Bullam Pij V. si pars superstes rei Censitæ totam pensionem Censualem possit reddere, tenent Navar. *comment. de usuris n. 115. q. 19.* & Valent. *tom. 3. disp. 5. q. 22. puncto ultimo.* Idem censuit etiam stãdo in terminis dictæ Bullæ Pij V. Rota Romana *in 1. decis.* quæ refertur post finem tractat. Censij *de Censibus*, quam sequuntur ipse Censius, *q. 100. n. 3. & 5.* Filiuc. *tract. 32. p. 2. c. 3. n. 297.* Duard. *super dictâ constit. Pij V. §. 5. q. 1. n 17. & q. seq. n. 1. & q. 3. n. 3.* & relatis alijs, Leotard. *de usuris, q. 57. n. 24.* & iterum Rota *decis. 4. n. 5.* quæ habetur post d. tract. Censij. Cæterùm spectatâ solâ rei naturâ, potest probari primò hæc sententia; quia, ut Navar. *loco citato* affirmat, nullo jure videtur caveri, nec ullâ efficaci ratione probari, perire Censum in totum, aut in partem, quando res Censita solùm ex parte destruitur. Secundò; quia ex natura contractûs Censualis tota res Censita, & singulæ ejus partes toti Censui subjiciuntur: hinc enim fit, ut res Censita in diversas partes, & in diversos possessores divisa, à quolibet eorum possit Censuista totam pensionem exigere, ut cum Valasco, & alijs tradimus *sect. 1. n. 11.* ergo destructâ ex parte re Censitâ, pars superstes remanet toti Censui obligata, quominùs ex illa solvi potest. Tertiò; quia: si res Emphyteutica pereat ex parte, non deobligatur Emphyteuta à solvenda tota pensione. *L. 1. in fine, Cod. de jure Emphyteutico*: ergo similiter de re

re Censita ex parte pereunte dicendũ est. Quartò denique, quia Census potest constitui secundùm rei naturam, etiã in rebus indeterminatis,ut in omnibus bonis alicujus tam præsentibus, quàm futuris,ut cõstat ex dictis *sect.* 4. *n.* 35. *& relatis alijs* tradit Valasc. *de jure Emphyt. q.* 3. *n.* 11. In hoc autem casu, parte talium bonorum pereunte, Census ex parte non perit; cùm non possit determinari,quota pars perierit: ergo de ratione contractus Censualis non est, quòd Census pereat ex parte, quoties res Censita ex parte fuerit perempta.

87 Communis tamen sententia, à qua non videtur recedendum, tenet oppositum, id est, secundùm naturam contractus Censualis pereunte ex parte re Censita, Censum quoque pro rata illius partis perire. Ita sentiunt Molina *disp.* 391. *clausula* 8. *n.* 4. Rebel. 2. *p. lib.* 10. *q.* 6. *n.* 17. Less. *dicto c.* 22. *dubitat.* 2. *n.* 8. Azor *parte* 3. *lib.* 10. *cap.* 5. *q.* 5. *vers. Caterùm ego*, Salas *tract. de Censib. dub.* 11. *vers. Decima*, Ugolin. *de usur. cap.* 45. §. 16. *vers. Quæ diximus*, Garcias *de contractibus cap.* 28. *n.* 9. & alij, quos refert Leotard. *dictâ q.* 57. *n.* 23. Probatur, quia contractus Censualis habet propriam rationem emptionis, & venditionis, qua per se immediatè emitur jus reale ad pensionem ex re Censita percipiendam: unde ipsa etiam res, quatenùs tali juri subjicitur per talem contractum censetur empta: secundùm naturam autem contractus emptionis, & venditionis est,ut pereunte re empta ex toto, aut ex parte, absque culpa venditoris, tale periculum ad emptorem spectet: ergo perempta ex parte re Censita periculum talis partis, ut Censui subjiciebatur, ad emptorem pertinet; atque adeo Census pro rata talis partis illi minuitur, secundùm naturam contractus Censualis. Confirmatur, quia ex vi contractus Censualis fit res Censita quodãmodò vectigalis, & tributaria Censuistæ, ut ex illa debeat ei pendi Census in contractu constitutus: pereunte autem ex parte re vectigali, ipsum etiam vectigal pro rata illius partis minuitur, ut habetur *L. Forma* §. 1. *ff. de Censibus*, *& l.* 2, *Cod. de Alluvionibus*, *& paludibus*. Debet autem intelligi hæc sententia de Censu constituto super re certa, & determinata: nam si vendatur Census super rebus incertis, ut super omnibus bonis præsentibus, & futuris,aliter omninò dicendum est,quia quando vendita est res indeterminata, ejus periculum pertinet ad venditorem, ut tradidimus *tract. de emptione, & venditione disp.* 4. *sect.* 4.

Ad primum fundamentum contrariæ sententiæ patet responsio ex probatione nostræ,quæ etiam plurium Doctorum authoritate non mediocriter confirmatur. Ad secundum respondetur, negando simpliciter antecedens; Census enim censetur constitui totus in tota re Censita, & pars in parte; quòd autem re Censita in plures possessores divisâ, Censuistæ concedatur, ut à quolibet in solidum possit pensionem exigere; id non ex eo provenit, quòd re vera quælibet pars rei toti Censui sit obligata, sed quia cum eo onere in plures possessores dividitur, ut quilibet in solidum ad totam pensionem teneatur, jure, ac ratione id postulante ad vitandum præjudicium, quod aliàs Censuistæ inferretur, si cogeretur pensionem à pluribus exigere, ut cum Valasc. advertimus *sect.* 1. *hujus disputationis*, *n.* 11. Hac enim ratione licèt pereunte parte fundi vectigalis, pereat etiam pars tributi ex illo debiti, ut juribus supra allegatis exprimitur, attamen si in plures partes, ac possessores talis fundus dividatur, quilibet in solidum ad tributum obligatur, ut patet ex *l. cum possessor*, *in principio*, *ff. de Censibus*. Neque propterea nimis gravatur possessor, qui totam pensionem solvere cogi- 88

cogitur; nam creditor ei cedit actiones adversus cæteros possessores, ut possit recursum ad illos habere pro partibus, quas loco eorum solvit, ut habetur in *dictâ leg. cùm possessor.*

89 Ad tertium respondetur esse diversam rationem in re Emphyteutica; nam pensio, quæ ratione illius solvitur ab Emphyteuta, præstatur domino in recognitioné dominij directi; unde cum hoc semper duret, quandiù tota res non destruitur, fit merito, ut si res ex parte tantùm pereat, integra nihilominùs pensio solvi debeat. Quod intellige dummodò pars, quæ superest, sufficiat ad solutionem integræ pensionis; alioqui enim remitti debet, ut tradit Valascus *de jure Emphyt. q. 17. n. 4. §. 7.* In nostro verò casu debetur pensio ratione emptionis, quâ Census fuit emptus super re certa; de ratione autem hujus contractûs est, ut pereunte ipsâ re ex toto, aut ex parte, tale periculum ad emptorem spectet, ut supra declaratum est.

90 Ad quartum denique concedimus, quâ ratione possunt vendi bona indeterminata, ita etiam super illis, spectato solo jure naturali, posse constitui Censum; & quemadmodùm periculum rei indeterminatæ ad venditoré spectat, non ad emptorem, ita similiter Censum super re indeterminata cõstitutum non perire, illâ partialiter, aut etiam totaliter pereunte. Ceterum nos in præsenti solùm loquimur de Cẽsu ordinario, qui super re certa constitutus est, in quo argumentum non cõcludit, cùm periculum rei certæ ad emptorem spectet, illâque partialiter pereunte, facilè determinari possit, quota pars perierit, tam ipsius rei, quàm Census in ea collocati.

Utrùm debeatur pensio ex Censu constituto super aliqua domo, quæ postea fuit diruta, iterùm autem refecta, aut reædificata?

§. III.

SUMMARIUM.

Si domus Censui subjecta penitùs evertatur absque culpa Censuarij, licèt posteà in eodem loco, & ex eâdem materia reædificetur, Census manet omninò extinctus; nec ulla deinceps pensio ex illo debetur, num. 91.

Domus constructa ex materia ejus, quæ omninò destructa fuit, non est eadem, quæ antea erat. ibidem.

Licet area sit pars domûs, eâque destructâ domo, permaneat, attamen ratione illius, neque totaliter, neque partialiter permanet Census, aut Emphyteusis constituta in domo, quæ eversa fuit. n. 92.

Si molendinum Censui subjectum absque culpa Censuarij destruatur, licèt molæ, & fistulæ, quæ, illo destructo, remanserunt, in eo reædificato collocentur, non propterea Census aliqua ex parte perseverat. ibidem.

Si domus Censita solùm pars aliqua destruatur, ut quodam ejus cubiculum, vel tectum, tunc, si reficiatur, obnoxia manet antiquo Censui. n. 93.

Si navis resoluta sit eâ intentione, ut iterùm, ex iisdem tabulis compingatur, cùm postea fuerit restituta, non evadit alia, sed eadem navis, quæ antea erat: secus est in domo, quæ destructa fuit, ut rursus ex eâdem materia reædificaretur: in hoc tamen eventu non cessat obligatio solvendi Censum, cui talis domus supposita erat. num. 94.

91 Tertia quæstio est, utrùm debeatur pensio ex Censu constituto super aliqua domo, quæ postea fuit diruta, aut combusta, sed iterum refecta, vel reædificata est? Communis resolutio est, si talis domus omninò fuit destructa absque culpa Censuarij, Cēsum penitùs extingui, nec ullam ex eo deberi pensionem, quāvis domus postea in eodem loco, & ex eâdem materia erigatur. Ita Navar. *commentario de usuris. num.* 118. Molina *disp.* 394. *n.* 3. Azor. *parte* 3. *lib.* 10. *de Censibus, cap.* 16. *& relatis alijs*, Bonac. *tomo* 2. *disp. de contractibus. q.* 4. *puncto unico, n.* 29. pluresque alij, quos citat, & sequitur Leotard. *de usuris q.* 57. *n.* 4. Ratio est; quia domus constructa ex materia ejus, quæ omninò destructa fuit, non est eadem, quæ antea erat, sed alia diversa, ut ferè in specie habetur. *L. inter stipulantem* 83. *§. sacrum, in fine, ff. de verborum obligationibus*, & constat argum. *l. quid tamen*, 10. *ff. quibus modis ususfructus amittatur*, ubi decernitur usumfructum navis, vel domûs amitti, si illa destruatur, licèt postea ex eâdem materia instauretur: ergo cùm Census non sit constitutus super domo, quæ denuò constructa est, sed tantùm super domo, quæ antea constructa erat, & omninò destructa fuit, consequens est, ut talis Census omninò pereat, juxta regulam supra traditam, quòd pereunte re Censui subjectâ, Census pariter cum illa extinguitur.

92 Illud tamen non immeritò quis objiciet, quòd dirutâ domo, adhuc permanet illius area, quæ est pars domûs, eaque potissima, *L. qui res, §. aream, ff. de solutionibus.* Unde non debet Censeri tota domus perijsse, sed tantùm ex parte, atque adeò Cēsum etiam solùm ex parte extinctum esse. Hac enim ratione Angelus *in §. lex itaque, in fine, Authent. de non alienandis rebus Ecclesiasticis.* Immola, Iason, & alij apud Valasc. *de jure Emphyt. q.* 27. *n.* 2. asserunt destructâ, vel combustâ domo Emphyteuticâ casu fortuito teneri Emphyteutam domum reficere, & pro solo, seu area eandem pensionem solvere, quam pro tota domo, juxta regulam, *L.* 1. *Cod. de jure Emphyt.* quasi sufficiat permanere aream, ne Emphyteusis ex toto videatur extincta. Nihilominùs non sufficere, quòd permaneat area, in qua domus erat sita, neque quòd in eadem area domus reædificetur, ut Census aliqua ex parte permaneat, docent meritò citati Authores, & idem in simili de Emphyteusi tenet cum alijs Valasc. *loco proximè citato*: quia domo destructâ mutatur rei forma quæ non consistit in sola area, mutatâ autem formâ, tota rei substantia censetur perempta. *L. Iulianus, §. sed & si quis, ff. ad exhibendum, & l. repeti*, 5. *ff. quibus modis usus fructus amittatur, & dictâ l. qui res, §. Aream, ff. de solutionibus*: destructâ auautem totâ substantiâ rei Censui subjectæ, Census ex toto destruitur, & extinguitur. Unde non est audiendus Virginius relatus ab Azor supra, dum asserit, si molendinum Censui subjectum destruatur, & postea restituatur, manere Cēsui obligatum ratione molæ, & fistularum, quæ, illo destructo, remanserunt, & in eo reædificato collocatæ sunt, cùm sint quædam partes illius. Non est, inquam, audiendus; quia esto ejusmodi partes supersint, tamen molendinum simpliciter destructum est, ubi ejus forma semel eversa est, alioqui etiam ratione tignorum, & cæmentorum, quæ, totâ domo destructâ, permanent, Census in ea constitutus ex parte saltem permaneret, quod nulla ratione admittendum est.

Si autem domus subjecta Censui ex toto eversa non sit, sed tantùm quædam illius pars, ut tectum, vel aliquod ejus cubiculum, ita ut adhuc verè dicatur permane domum, licèt non integram, tunc, si talis domus reficiatur, 93

tur,

tur, obnoxia manet antiquo Censui solvendo, ut supponunt citati Doctores, & tradit expressè Bonac. *dicto n.* 29. & Leotard. *dictâ q.* 57. *n.* 45. vbi alios refert. Patet; quia domus illa denuò refecta non censetur alia ab ea, quæ antea fuerat, sed eadem; atque adeò eidem omninò Censui manet subjecta.

94 Quod dictum est de domo, id fermè dicendum de navi Censui subjecta, si ex toto, aut ex parte destruatur, & postea reficiatur. Hoc tamen speciale est in domo, quòd, si semel usque ad aream destruatur, licèt postea in eodem loco, & ex eâdem materia construatur, non censetur permanere eadem, quæ antea erat; etiam si eo fine destructa fuisset, ut iterùm reædificaretur; at verò navis, si eâ intentione fuit resoluta, ut reficeretur, non censetur intercidisse, sed, compositis rursum tabulis eadem navis esse incipit. Ita expressè habetur *in dictâ l. inter stipulantem §. sacram, vers. sed si reficiendam, ff. d verborum obligationibus.* Rationem diversitatis credit Barthol. *ibi*, petendam esse ex eo, quòd navis sit res mobilis, domus verò immobilis; sed hæc ratio manifestè convincitur esse falsa, *ex l. qui usumfructum*, 4. *ff. de us. fructu*; ubi habetur, quòd scyphi resoluti, & postea ex eâdem massa refecti, non censentur esse ijdem. Ratio ergo hujus discriminis videtur esse, quam cum Angelo, & alijs assignat Iason *in dicto §. sacram, n.* 29. explicando, & trahendo in eandem sententiã Glossam magnam *in d. l. qui usumfructum*; quia domus destructa non potest refici ex prima materia cum in dissolutione domûs plura corrumpantur, præsertim cæmenta, & lapides, & ideò non possint omnes in pristinum statum, & in pristinam formam restitui: secus autem in navi. Cæterùm licèt domus reædificata sit diversa ab ea, quæ fuit destructa, ac proinde non maneat subjecta Censui, qui super priori domo erat cõstitutus, tamen Censuarius, qui destruxit domum Censitam, à solvendo illius interesse, vel novo Cẽsu cõstituendo super re aliqua, non liberatur; quia domus illa, & Census in ea constitutus perijt voluntate, & culpâ Censuarij, quod non debet verti in præjudicium Censuistæ, ut constat ex supra dictis, *q.* 1. *n.* 81. & tradit in specie Navar. *comment. de usuris n.* 118. & cum multis alijs Leotard. *de usuris, q.* 57. *n.* 57.

Ex his facilè potest intelligi, quid dicendum; quando aliæ res Censui suppositæ similes mutationes subeunt; quam materiam latè pertractat Leotard. *d. q.* 57. ubi præcipuè duos casus considerat. Unus est, quando ager Censualis aquis opprimitur, ac devastatur, postea verò, procedente tempore, restituitur, sive per humanam industriam, sive per causas naturales. Alter est; quando Census erat constitutus super molendino, & dominus illud demolitus est, eò quòd aqua solitum cursum mutavit, atque ex cæmentis, molâ, & aliâ materiâ prioris ædificij aliud molendinum construxit. Quorum resolutionem apud illum videndam remitto. Illud verò non omittam, quod idem Author attingit *eâdem quæst.* 57. *n.* 55. scilicet; quando Census constitutus esset in vinea, cujus omnes vites casu aliquo interiere, non propterea Censum omninò interire, sed adhuc sustineri, quatenùs ex fructibus soli redigi potest; quia non censetur constitutus in solis vitibus, sed etiam in ipso solo, ut in simili de Emphyteusi constituta in vinea, vel oliveto dicimus *p.* 2. *disp.* 2. *sect.* 1. *n.* 4. & notat, relatis alijs, Leotard. *ubi sup.*

Virùm

Vtrùm quando res Censita desinit ferre fructum, vel in totum, vel quantum antea solebat, cesset ex toto, vel parte obligatio solvendi Censum?

§. IV.

SUMMARIUM.

Si res Censita omninò, vel ex parte, reddatur infructuosa in perpetuum, perit proportionaliter Census, vel omninò, vel ex parte, prout ipsa res fuerit reddita infrugifera. n. 95.

Si autem res solùm ad tempus reddatur infructuosa, non perit totaliter, aut partialiter Census, sed integer solvendus est, etiam pro illis annis, quibus res fructus non tulit. n. 96.

Fructus rei non intelliguntur, nisi qui remanent, deductis expensis, & industria. ibidem.

Censuarius liberatur à solvendo Censu Reali relinquendo prædium, seu habendo pro derelicto. ibidem.

Legatum annuum ex certo fundo relictum, si non possit solvi ex fructibus unius anni, suppletur ex fructibus sequentium annorum: imò & ex fructibus præcedentium, si ad id sufficientes fuerint. n 97.

Si ad tempus pereat, vel reddita sit infrugifera aliqua pars rei Censitæ, deberi integram pensionem ex parte reliqua, credit Lessius: sed hoc non placet. n. 98.

Si ager Censui subjectus coli non possit aliquibus annis, ratione belli, aut hostium, vel pestis, non proinde cessat obligatio solvendi pensionem illorum annorum: secus autem, si ipsa res Censita capta sit ab hostibus. n. 99.

Conforme naturali æquitati est, ut, si tota res Censita ad multos annos reddita sit infrugifera, pensio illorum annorum possessori remittatur. Quod arbitrio judicis relinquendum. n. 100.

Si res Censita longe pauciores fructus ferat, quam ferre solebat, quando Censui fuit supposita, non proinde Census aliqua ex parte minuitur, sed integra pensio solvenda est, si res illam reddere possit; sin minùs quantam possit reddere, & si nihil de fructibus Censuario relinquatur. num. 101.

QUarta quæstio est, an quando res Censui subjecta desinit ferre fructum, vel in totum, vel quantum antea solebat, cessat ex toto, aut ex parte obligatio solvendi Censum? Huic quæstioni multiplici distinctione respondendum est. Dico igitur primò. Si res omninò, vel ex parte reddatur infructuosa in perpetuum, perit proportionaliter Census, vel omninò, vel ex parte, prout ipsa res fuerit redita infrugifera. Ita decernit Pius V. *in dictâ Bulla de creandis Censibus*; esseque hoc secundùm naturam contractûs Censualis, sentiunt communiter Doctores, ut apud infra citandos videre licet. Ratio est aperta; quia res infrugifera est suaptè natura incapax reddendi pensionem annuam: ergo, ubi res Censita ad eum statum venit, ut tota, vel secundùm aliquam partem reddita sit in perpetuum sterilis, necesse est, ut pari modo, ex toto, vel ex parte, cesset obligatio reddendæ pensionis; cùm ejusmodi obligatio Cẽsualis sit tota in tota re, & pars in parte rei, nec possit consistere cum perpetua incapacitate reddendi pensionem: sublatâ autem ex toto, aut ex parte Reali obligatione pensionis solvendæ, Census pari modo extinguitur. Confirmatur; quia in ordine ad reddendam pensionem annuam, & Censum Realẽ conservandum, proinde est rem censitam reddi ex toto, aut ex parte infructuosam, atque ex toto, aut ex parte interire: sed re totaliter, vel partialiter interemptâ, Census pro rata illius perit, secundùm contractûs Censualis natu- 95

naturam, ut supra ostendimus: ergo eodem modo perit, re totaliter, vel partialiter reddita infructuosa in perpetuum.

Unde in hoc casu censuarius, seu venditor Censûs manet liber tam à præstandis in posterum pensionibus, quàm à restituendo pretio emptori, ut bene cum alijs advertit Leotard. *de usuris, q. 57. n. 2.* Nam si Census perit, consequens est, ut pro ratione, & proportione, qua perit, & quatenùs fructus non sufficiunt, jus non supersit ad pensiones exigendas. *L. 2. Cod. de alluvion. & palud.* Item cum res empta pereat emptori, non venditori. *l. 1. & l. cum inter, Cod. de commodo, & peric. rei vend.* consequens etiam est, ut periculum, & extinctio Censûs damnum sit emptoris, & non venditoris, atque adeò quòd hic non obligetur ad reddendum pretium. Quod intelligitur, nisi culpa sua Census perijsset. Procedit autem hæc doctrina in Censu constituto super re certa, & determinata; nam si sit constitutus super rebus incertis, casu, quo id liceat, aliter dicendum est, juxta supra dicta, *q. 2. n. 87. & 90.*

96 Dico secundò, si res Censita reddatur infructuosa solùm ad tempus, non perit totaliter, aut partialiter Census, sed integer solvendus est, etiam pro ijs annis, quibus res fructus non tulit. Ita Navarrus *commentario de usuris num. 117. quæst. 27.* Azor *parte 2. libro 10. cap. 6. quæstion. 6. & 7.* Less. *lib. 2. cap. 22. dubitatione 12. num. 88.* Rebel. *2. parte. lib. 10. q. 5. num. 11.* & multis alijs relatis. Bonacina *dictâ disp. 3. de contractibus quæst. 4. puncto unico, num. 28.* & Leotard. plures referens, *dictâ quæstione 57. n. 7.* licèt in contrarium stet Molina *disp. 290. num. 14.* ubi tenet, si res aliquo anno propter casum fortuitum fructus non ferat, non teneri Censuarium ad pensionem pro illo anno solvendam ex natura contractus Censualis: &, si res aliquos ferat fructus, non tamen sufficientes, satis esse si Censuistæ illos relinquat, deductis inde expensis, & industria, eo quod fructus non intelligantur, nisi deductis impensis. *L. fructus, ff. soluto matrimonio, l. 1. Cod. de fructibus, & litis expensis.* Fundamentum verò nostræ resolutionis est; tum quia nullo jure contrarium habetur, ut affirmat Navarrus *loco citato.* Tum quia, si grave videatur Censuario solvere pensionem ex prædio, quod nullos fructus reddit, facilè se potest hoc onere liberare, derelinquendo prædium, seu habendo pro derelicto, ut bene advertit Navarrus, & constat ex dictis, *§. 1. fine.* Tum denique, & principaliter, quia Census non est impositus super fructibus rei, sed super ipsa re, ut optimè contra Menochium probat Leotard. *dictâ quæstione 57. n. 11.* ergo quandiù res non redditur simpliciter infrugifera, sed tantùm ad tempus, manente probabili spe, qod postea reddet fructus sufficientes integro Censui solvendo, etiam quoad pensiones, quæ annis sterilitatis respondent, non cessat ejus obligatio ex toto, aut ex parte, sed integer Census, & omnes ejus pensiones ex illa solvi debent: & ad summum differri poterit earum solutio ad tempus, quo fructus ferre cœperit.

Confirmatur primò; nam qui se o- 97
bligavit solvere, verbi causa, centum, & propter aliquod temporale impedimentum, vel inopiam, in quam devenit, non potest solvere his annis proximis, non propterea manet deobligatus simpliciter, sed debet illa solvere, ubi impedimentum cessaverit, vel ad pinguiorem fortunam devenerit, ut est communis sententia: ergo similiter dicendum de re Censui obligata, eadem enim utrobique est ratio. Confirmatur secundò, quia si relinquatur alicui annuum legatũ ex certo fundo, & non possit solvi ex fructibus unius anni, suppletur ex fructibus sequentiũ annorũ. *L. legatum, §. vini, ff. de annuis legatis.*

legatis: ergo similiter in præsenti. Quinetiam addo satis probabile videri, si prædium Censui subjectum hoc anno, verbi causâ non potuit reddere totam pensionem, supplendam esse ex fructibus anni superioris, si ad id sufficientes fuerunt, ut de annuo legato expressè habetur in *l. ex eo vino* 13. *ff. de tritico, vino, & oleo legato.*

98 Imò credit Less. *dicto n.* 88. si ad tempus pereat, vel reddita sit infrugifera aliqua pars rei censitæ, ut si eam flumen ruptis aggeribus occupavit, deberi integram solutionem ex parte reliqua, si aliquos fructus ferat, (utique, ut ego interpretor, toti debitæ pensioni pares.) Hoc tamen mihi videtur difficilè; nam cùm Census constitutus super re certa fundatus sit totus in tota re, & pars in parte, consequens est, ut pars rei solùm sit obligata parti pensionis sibi respondenti, non verò toti. Unde licèt fateamur quòd reddita infrugifera aliqua parte rei ad tempus, non cessat, neque minuitur obligatio solvendi integram pensionem, tamen non apparet, cur ex parte, quæ fructus profert integra solutio debeatur. Quare dicendum in hoc casu videtur, ex parte frugifera debere solvi partem pensionis, quæ illi respondet, & pro solutione alterius partis obligari tantùm partem infrugiferam, ut saltem cùm potens fuerit, tunc reliqua illa pensionis pars ex ea solvatur.

99 Ex his colliges, si ager Censui subjectus coli non possit aliquibus annis, ratione belli, seu hostium agros infestantium, vel ratione pestis ibi grassantis, non proinde cessare obligationem solvendi pensionem illorum annorum, ut in specie tradit Azor *dictâ q.* 6. referens pro se Conradum, & Medinam, idque sive Census sit fructuarius, sive pecuniarius. Aliter dicendum est, si res censita capta sit ab hostibus; nam tunc censetur totaliter perempta, ut cum Abbate, Iasone, & alijs tradit Valascus *de jure emphyteutico, q.* 27. *sub num.* 13. *vers. verùm omissa*, qui inde infert citra dubium esse, re emphyteutica ab hostibus capta pensionem ex ea non deberi: similiter ergo de re Censui subjecta dicendum est.

Dubitatur autem, an pro anno, vel annis, quibus res censita fructus non tulit, teneatur censuarius solvere pensionem suo die, vel expectandum sit, ut ex ipsa re fructus proveniant? Censius *part.* 1. *cap.* 13. *quæst.* 2. *art.* 3. *num.* 11. aliàs *quæst.* 38. tenet quòd saltem ex æquitate expectandum est, contrarium verò sentit, & multis probare contendit Leotard. *dictâ quæst.* 57. *num.* 17. *& seqq.* Mihi tamen distinguendum videtur. Nam vel res, quæ hoc anno non fructificavit, superioribus annis tulit plures fructus, ex quibus pensio hujus anni, vel in totum, vel in partem, suppleri potest, vel non? Si primum, solvenda est pensio suo die, quatenùs ex fructibus antea perceptis suppleri potest, juxta *dict. l. ex eo vino, ff. de tritico, vino, & oleo legato.* Si secundum expectandum est, juxta *d. l. legatum, §. vini, ff. de annuis leg.* Quo pacto, qui debet pensionem reservatam super fructibus beneficij, cogitur solvere ex fructibus subsequẽtis anni uberis pensionem, præcedentis sterilis, ut tradit Gigas *de pension. quæst.* 62. *num.* 7. Quod amplius confirmari potest ex dictis, *numer.* 97. *in principio.* Maximè autem hæc resolutio procederet, quando conventum esset, ut pensio præstaretur ex fructibus rei. In quo eventu etiam Leotard. *num.* 21. admittit, expectandam esse ubertatem sequentis anni.

Video contra prædicta posse objici, quòd quando res emphyteutica 100 ratione belli, aut pestis coli non potuit, debet remitti pensio, nisi ejusmodi impedimenta modico tempore durassent, puta uno, vel duobus annis, ut docet Valascus *dictâ quæst.* 27. *à num.* 13. Item, quod propter sterilitatem

tatem contingentem in re locata, ex aliquo casu fortuito, debet locator pensionem remittere. *L. licet*, 1. *Cod. de locato*, *l. si uno*, & *l. ex conducto*, §. *si vis tempestatis*, *ff. eodem titulo*, & *cap. propter sterilitatem*, *de locato*, & *lib.* 4. *Ord. Lusitan. titulo* 27. Cæterùm ad has, & similes objectiones, facilè erit diversam rationem assignare; quamobrem in eis nunc immorari non oportet.

Illud verò non omiserim, satis conforme naturali æquitati videri, si tota res Censita ad multos annos reddita sit infrugifera, tunc pensio talium annorum possessori remittatur. Unde Azor *supra*, *dictâ quæst*. 7. credit, judicis arbitrio id esse relinquendum. Tandem hoc etiam monuerim, plurimùm hac in re valere consuetudinem: itaque ubi de illa constituerit, ei standum esse, postpositis Doctorum opinionibus.

101 Dico tertiò, si res Censita longè pauciores ferat fructus, quam ferre solebat, quando Censui fuit supposita, non proinde Census aliqua ex parte minuitur, sed integra pensio solvenda est, si res illam reddere possit: sin minus, quantam possit reddere, etiam si nihil de illius fructibus Censuario relinquatur. Ita Navar. *commentar. de usuris*, *num.* 117. Molina *disput.* 391. *num.* 3. & Less. *dicto cap.* 22. *dubitat.* 12. *num.* 82. Ratio est, quia in hoc eventu, neque ex toto, neque ex parte res perijt, aut infrugifera, & impotens ad pensionem reddendam effecta est: ergo non manet deobligata à solvenda pensione, vel tota, vel quoad partem, prout illam reddere potest.

(∴)

SECTIO SEPTIMA.

De subjectione rei Censui suppositæ.

Cum superiori sectione explicuerimus dependentiam, quam Census habet à re Censita, consequens est, ut hîc dicamus de subjectione, quam ipsa res ex illo contrahit. In quo nonnullæ etiam involvuntur dubitationes magni momenti, quæ amitti non possunt.

Utrùm res alicui Censui subjecta, ita illi sit addicta, ut nequeat alteri Censui supponi.

§. I.

SUMMARIUM.

Non posse rem uni Censui subjectam supponi alteri, etiam si utriusque sit capax, aliqui Doctores existimarunt. num. 102.

At opposita sententia est tenenda. num. 103. *& seq.*

Qui tamen vendit Censum super re alteri obligata, tenetur de ea admonere emptorem secundi Censûs, nisi prior Census esset Redimibilis, & venditor intenderet statim redimere, essetque ad id potens. num. 105.

Utrùm venditio Censûs super re alteri Censui subjecta, non admonito emptore de priori Censu, sit valida? num. 106. *& seq.*

Qui emit ignoranter Censum super re, quæ illum reddere non poterat; non tenetur restituere, nec computare in sortem pensiones, quas, durante ignorantiâ, recepit: &, si dum ignoravit, eas non recepit, potest illas postea exigere. Et quid

quid cessante ejus ignorantia faciendum sit? n. 108,

Quid si scienter quis emit Censum super re, quæ non poterat illum reddere? n. 109.

102 PRima dubitatio est, utrùm res alicui Censui subjecta, ità illi sit addicta, ut nequeat alteri Censui supponi? Communis sententia videtur esse, super re uni Censui subjecta non posse vendi, seu constitui alium; non solùm quando res non potest ferre fructus utrique sufficientes, quod est per se manifestum, licèt contrarium docuerit Censius, quem refert, & refellit Leotard. *de usuris, q. 56. n. 5. & seqq.* sed etiã quando illos ferre potest, nisi de consensu domini prioris Census. Ita Petrus Follerius *in pragmatica de Censibus, verbo Hujusmodi Census super rebus, num. 49.* Azor *parte 3. lib. 10. cap. 7. q. 2.* & Bonacina *tomo 1. disp. de contractibus q. 4. puncto unico, num. 9.* Probant, quia fiet injuria priori Censuistæ, si postquàm res illi est obligata, & obstricta Censuali obligatione, alteri similiter obligetur; cùm eo ipso videatur prior Census reddi deterioris conditionis, etiam si res utrumque sustinere possit.

103 Hæc tamen sententia, nec jure, nec sufficienti ratione videtur subnixa. Quare magis probo contrariam, quam tenet Duard. *in Constit. Pij V. §. 1. q. 6. n. 18.* cui consentit Leotard. *dictâ q. 56. n. 29.* illam etiam admittit Felicianus de Solìs *lib. 2. de Censibus, cap. 3. n. 35.* ubi licet tantùm expressè loquatur de Censu reservativo, asserendo, quod is, qui accepit fundum cum obligatione solvendi ex eo Censum, potest absque consensu Censuistæ eundem fundum alteri in Censum cõcedere; tamen idem procul dubio sentit, ac supponit de Censu consignativo, de quo potissimè in eo capite loquitur; & re vera eadem, imò fortior de illo est ratio, ut consideranti patebit. Suadetur hæc sententia primò quia multò magis addicta est res emphyteutica domino directo, quam res Censita domino Census, & tamen Emphyteuta potest rem emphyteuticam alteri obligare, & Censum super illa constituere absque consensu domini, ut tradidimus *sect. 5. §. 3. n. 63.* ergo etiam Censuarius potest rem Cẽsitam alteri Censui subjicere, si ejus etiam capax sit absque consensu domini prioris Census. Secundò, quia res specialiter alicui creditori obligata, seu hypothecata, potest alteri obligari absque consensu prioris creditoris, si ex ea utrique possit satisfieri, ut supponit apertè jus Lusitanum *libro 5. Ordinationum, titulo 65. in principio,* ubi puniens eum, qui rem uni creditori obligatam, alteri similiter obligat, restrictionem subjungit, si non sit sufficiens ad satisfaciendum utrique. Tertio, quia obligatio personalis, qua Petrus, verbi causa, tenetur solvere uni creditori centum aureos, non tollit, quominùs idem Petrus justè, ac licitè se possit obligare alteri ad alios centum aureos, si potens est utrumque debitum solvere: ergo similiter obligata realis, qua res Censita est obligata solvere annuam pensionem uni Censuistæ, non tollit quominùs alteri similiter possit ad aliam pensionem obligari, si utrique pensioni solvendæ sufficiens sit.

Quartò denique suadetur efficaciter nostra resolutio destruendo fundamentum contrariæ sententiæ, quod certè est falsum; nam etiam in casu, quo res non sit potens ad sustinendum simul alium Censum, nullum infertur præjudicium priori Censuistæ, ex eo quod alij Censui supponatur, quia semper priori Censuistæ erit salva sua pensio propter jus prælationis, quod illi competit respectu cujuscumque creditoris, cui res postea fuerit obligata, juxta vulgarem regulam: *Qui prior est tempore potior est jure, de regulis juris in 6. & l. potior, & l. cre-* 104

dit.

ditor, ff. qui potiores in pignore habeantur; quæ regula potissimum habet locum in creditoribus realibus, qualis est Censuista, de quo hîc loquimur. Itaque mihi certum est, ut res uni Censui subjecta possit alteri licitè subjici, non oportere, ut id fiat de consensu prioris Censuistæ. Imò verò juxta Bullam Pij V. *seq. disp. explicandam*, irritum erit pactum, quo Censuarius obligetur ad non subjiciendam rem alteri Censui; quia una ex conditionibus in ea Bulla requisitis ad contractum Censualem, est, ut non adjiciatur, nec valeat pactum auferens, aut restringens facultatem alienandi rem censitam, sed talis res semper, & liberè alienari possit: patet autem constitutionem secundi Censûs esse quandam speciem alienationis illius rei.

105 Aliundè autem potest prior Census redere injustam venditionem novi Censûs super eadem re, nempe ex parte ejus, cui secundus Census venderetur, si ei non detegatur rem esse alio Censu oneratam; quia Census constitutus in re ita onerata est vitiosus, & deterioris conditionis, quàm si res esset omninò libera, cùm non sit ita securus propter jus prælationis, quod priori Censuistæ competit, ut ei satisfieri debeat, excluso quolibet alio, cui res simul satisfacere non possit: qui autem vendit scienter rem vitiosam non detecto ejus vitio, peccat contra justitiam, & tenetur emptori ad interesse, ut constat ex *l. Iulianus* 14. *in principio, ff. de actionibus empti.* Vnde in regno Castellæ vendens Censum super re alio Censu gravata, emptore de eo onere non admonito, punitur amissione pretij talis Censûs in duplum, & insuper cogitur eum de novo collocare in re secura, ut habetur in *l. 2. titulo 15. lib. 5. novæ collectionis.* Dicta autem injustitia, etsi præcipuè cernatur, quando res non erat capax utriusque Censûs, tamen credo intervenire etiam, quando res utrunqum potest sustinere; quia tunc etiam secundus Census est vitiosus, & non adeò securus, sicut si res esset omninò libera, ut patet. Vnde in hoc etiam casu procedit dicta lex Castellæ, si res, in qua secundus Census constituitur, erat specialiter obligata priori Censui, ut bene exponit Azevedus *ibi*, cum qua moderatione nostra etiam sententia accipienda est. Vlterius autem adverto, debere hanc sententiam intelligi, quando prior Census est irredimibilis, aut si redimibilis sit, Censuarius est impotens, aut non intendit illum statim redimere; nam si illum statim redempturus sit, perinde manet securus secundus Census, acsi eum super re omninò libera constitueret; unde minimè tunc emptori nocet, celando illum de priori Censu, ut quando res esset onerata Censu, verbi causa, unius modij tritici, & vendito super eadem re alio quatuor modiorum, ille prior ex istius pretio redimeretur.

Posito verò, quòd prior Census sit irredimibilis, vel quòd Censuarius impotens sit ad illum redimendum ex pretio secundi, quem super eadem re venderet, dubitari ulteriùs potest, an non tantùm sit ea venditio injusta, sed etiam nulla? Ad quod dicendum, si res utrumque Censum sustinere non possit, venditionem esse simpliciter nullam ob incapacitatem rei, quæ ultra suas vires obligari non potest, in quo omnes conveniunt. Si autem res utriusque Census sit capax, etiam tunc credo venditionem esse invalidam, si emptor, cognito priori Censu, alium super ea non emeret; quia tunc dolus venditoris causam tali contractui dedit: contractus autem bonæ fidei (qualis hic est) irritus evadit ex dispositione juris positivi, si dolus alterius contrahentis illi causam præbuit, ut est communis Doctorum sententia, & patet ex *lege, & eleganter, in principio, ff. de dolo, &* 106

l. ea verò ff. pro socio. Cæterùm in hoc casu hujusmodi contractus est irritus solùm in favorem emptoris decepti, ut scilicet possit ab eo resilire, si velit juxta doctrinam à nobis traditam. *disp.* 3. *de contractibus in genere, sect.* 2. *sub conclusione* 4. Unde si talis emptor cognito postea priore Censu, velit nihilominùs persistere in contractu, durabit Census, quem super illa re emit, quandiù res utrumque sustinere poterit: & si fortè devenerit ad statum, in quo solùm possit alterum sustinere, tenebitur venditor, aut priorem Censum redimere, si possit, ut secundus permaneat, aut solvere emptori quanti ejus intererat deceptum non esse, seu rem non esse alio Censu oneratam.

107 Quando verò Census venderetur super re onerata alio Censu redimibili, quem simul sustinere poterat, & vẽditor potens esset ad priorem redimẽdum, tunc nullo modo esset invalida illa venditio propter priorem Censum emptori non detectum, ut in simili tradit Gutteres *lib.* 2. *practicarum quæstionum, q.* 169. & Molina *disp.* 394. *n.* 5. quia licèt regulare sit, posse emptorem resilire à venditione, qua quis scienter ei vendidit rem vitiosam, non manifestato ejus vitio; hoc tamen procedit, quando vitium est tale, ut non sit in potestate vendentis illud tollere: in præsenti autem venditor potest vitium Censûs tollere, redimendo priorem Censum, & reddendo rem omninò liberam: ergo propter tale vitium non detectum, non potest emptor à contractu recedere, sed tantùm potest venditorem cogere, ut priorem Censum redimat: hac enim ratione, quando vendita est res sujecta speciali hypothecæ, illudque onus postea comperitur ab emptore, non potest emptor agere ad recisionem contractus, sed ut res eo onere à venditore liberetur, ut colligitur ex *l. ex prædiis, Cod. de evictione*, & ibi notant Glossa, Bartolus, & alij.

Illud etiam hîc notandum, quando res simpliciter erat incapax Censum fundandi, & nihilominùs emptor ejus incapacitatem ignorans pensioné Censualé recepit, non teneri postea eam restituere, nec in sortem computare. Et si, dum ignoravit, pensionem illius temporis non recepit, posse postea illam exigere. Ita Molina *d. disp.* 394. *n.* 4. Azor *d. cap.* 7. *q.* 2. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 12. *n.* 79. Leotard. plures citans, *de usuris, q.* 56. *n.* 11. & 12. & alij, idque, ut idem Molina advertit, sive venditor scivisset rem esse incapacem illius Censûs, sive non. Ratio est, quia licèt venditio talis Censûs fuerit nulla quo ad constitutionem, & translationem juris Censualis in emptorem, tamen non fuit nulla, quo ad effectum obligationis ad interesse, & de evictione, ut est regulare in omni venditione, qua quis, sive scienter, sive ignoranter vendidit rem, cujus dominium transferre non poterat, emptore ejusmodi vitium ignorante; ad hoc autem interesse pertinent pensiones illius temporis, quo emptor Censûs dictam nullitatem ignoravit: ergo potest illas exigere, & retinere. Pro reliquo verò tempore, postquàm emptoris ignorantia cessavit, distinguit bene Molina citatus, si Census erat redimibilis sufficienter emptori satisfieri pro interesse illi debito, si venditor ei reddat pretium, vel æqualem Censum illi constituat in alia re æquè bona, & secura. Si autem Census erat irredimibilis, cogendum esse venditorem ad cõstituendum illum in alia re æquè bona, & secura, si eam habeat, & emptor id velit, sin minùs obligandum esse ad integrum pretium, & interesse dicti Cẽsus solvendum. 108

Quando autem quis emeret Censum super re, in qua sciret, nõ posse cõstitui à venditore, aut quia jam erat satis onerata, vel quia erat aliena, aut alio ex capite, tunc nullam pensionem ex tali Censu percipere posset, & si quam perci- 109

percepisset, teneretur eam restituere, aut computare in partem pretij, ut bene Navar. *dicto commentar. de usur. n.* 114. Mol. *dictâ disp.* 344. *n.* 4. Less. *dicto n.* 19. Reginaldus *lib.* 15. *num.* 422. & cum multis alijs Leotard. *d. q.* 56. *n.* 25. *& seq.* quia neque posset pensionem recipere ratione contractus, cùm hîc esset prorsus irritus, neque ratione ullius interesse sibi debiti, cum venditor non teneatur de evictione, aut ad oliquod interesse, quando emptor sciebat rem sibi vendi non posse, ut constat ex *l. si fundum 27. C. de evictione*: & patet, quia talis emptor sibi debet imputare, quod inutiliter, & frustraneè contraxerit. Quin etiam usuram palliatam in ejusmodi contractu agnoscit meritò Navar. Molina, & Leotard. *locis citatis*, quia cùm talis Census nulliter omninò sit constitutus, nullus alius est titulus, quo pensio exigatur, nisi mutui, quod emptione fictitij Censûs palliatur.

Vtrùm res Censui subjecta possit vendi irrequisito, minimeque admonito Censuista?

§. II.

SUMMARIUM.

Approbatur pars affirmativa, si sola natura contractus Censualis spectetur. num. 110.

Quid dicendum, spectatâ Bullâ Pij V. de creatione Census? n. 111.

Censuarius vendens rem Censitam, irrequisito domino Censûs, non incidit in commissum, neque tenetur solvere laudemium. n. 112.

Censuarius, secluso speciali pacto, non potest impediri à domino Censûs, ne rem Censitam vendat potentiori. n. 113.

Si tamen rem vendat non declarandò emptori esse Censui subjectam, esset venditio injusta, & interdum invalida in favorem emptoris decepti. n. 114.

Secunda dubitatio est, utrùm res Censui subjecta possit vendi irrequisito, minimèque admonito Censuista? Respondetur affirmativè, si sola natura contractus Censualis spectetur. Ita Navar. *dicto commentario de usuris n.* 92. Molina *disp.* 372. *n.* 4. *&* 5. *in fine*, *& disp.* 390. *clausula* 5. *n.* 17. Valasc. *de jure Emphyt. q.* 32. *num.* 25. Caldas Pereira *de extinctione Emphyteusis, cap.* 4. *n.* 37. Valent. *tom.* 3. *disp.* 5. *q.* 22. *puncto* 7. *in principio*, & Reginald. *lib.* 25. *n.* 411. *§. postrema conditio*, idemque cæteri Doctores supponunt. Ratio est, quia licèt Censuista habeat jus reale super re Censita, ut ex ea sibi pensio solvatur, tamen totum ejus dominium, tam utile, quàm directum est penes Censuarium: qui autem est simpliciter dominus alicujus rei, nō prohibetur, quominùs possit eam liberè vendere, & alienare, ut sibi libuerit, ex eo quod alteri sit obligata; cum semper tali tertio jus integrum in ea maneat. Unde hac ratione dominus prædij, in quo alter habet jus servitutis, liberè illud potest alienare domino servitutis minimè requisito, vel admonito. Confirmatur, nam res hypothecata distrahi potest absque consensu creditoris, ut advertit Solís *lib.* 1. *de Censibus, cap.* 10. *sub n.* 1. *vers. Præterea*, ubi explicat, quasdam leges, quæ in contrarium afferuntur, solùm probare, quòd alienatio pignoris sine consensu creditoris facta, jus illius non dissolvit; quòd secùs esset, si creditor alienationi consentiret. *L. si debitor*, *§.* 1. *ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur, cum similibus* apud eundem Solís. 110

Dixi autem, *Si sola natura contractus Censualis spectetur*, quia spectata Bulla Pij V. *de creandis Censibus*, aliquantò aliter se res habet: licèt enim

Pontifex in ea statuat, ut semper integrum sit debitori Census rem censitam alienare, tam inter vivos, quàm ultima voluntate; addit tamen, ut si ea res vendenda sit, denuntientur domino Census conditiones, quibus vendenda est, illeque cæteris emptoribus præferatur, expecteturque per mensem, ut si voluerit eodem pretio, & cum eisdem conditionibus illam emat. Quod Censuistæ privilegium nullo alio jure habetur, ut affirmat Navarrus supra, unde solùm competit domino Censûs post illam Bullam constituti, & ubi illa recepta est. Quantam verò vim habeat ejusmodi privilegium, ac speciatim, utrùm ratione illius, possit dominus Censûs retrahere rem censitam, si vendita sit, ipso non admonito? dicemus disp. seq. explicando illam clausulam Bullæ.

Ex his colliges Censuarium neque
112 incidere in commissum alienando rem censitam, irrequisito domino Censûs, neque debere laudemiũ ex illius venditione, ut, relatis alijs, bene docet Valascus *de jure Emphyt. q.* 32. *n.* 32. & 33. ubi cum Capitio, & Rebuffo addit, hoc procedere, etiam si Censuarius alienet rem tanquàm allodialem, & liberam. Quæ omnia inde proveniunt, quia Censuarius omne jus habet sine aliqua recognitione superioritatis: unde liberam ejus dispositionem habet absque metu commissi, vel obligatione laudemij.

113 Colliges præterea, non posse Censuarium, secluso speciali pacto, impediri à domino Censûs, quominùs rem vendat, aliovè titulo transferat in potentiorem, ut bene advertit Molina *disp.* 390. *n.* 18. quia neque ex natura rei, neque ex vi juris humani res censita, vel persona Censuarij talem subjectionem habet, nisi speciali pacto, quando illud esset licitum (de quo postea) eam contraheret.

Si autem Censuarius rem vende-
114 ret tanquàm liberam, non declarando emptori esse Censui subjectam, injuriam illi faceret, & ex ea parte talis venditio esset injusta, & interdum etiam invalida in favorem emptoris decepti, ut ab ea resilire possit, si velit, ut quando res esset onerata Censu irredimibili; siquidem in potestate venditoris non esset illud vitium auferre: venditio autem, in qua occultatur vitium rei venditæ, quod venditor auferre non potest, est invalida, ut possit emptor ab ea recedere, ut constat ex dictis, §. *præcedenti*, *n.* 106. secùs dicendum, si Census esset redimibilis, siquidem tunc posset venditor vitium auferre: unde in tali casu solùm posset emptor agere, ut venditor Censum redimeret, ut in specie tradunt Molina *disp.* 394. *n.* 5. & Guterres 2. *practicarum*, *q.* 169.

Vtrùm res Censita possit dividi in plures possessores?

§. III.

SUMMARIUM.

Res Censita potest alienari in plures possessores, neque oppositum potest deduci in pactum, quando Census super illa emitur. num. 115.

Vtrùm, re Censitâ in plures possessores divisâ, possit Censuista exigere à quolibet eorum pensionem in solidum? n. 116.

Tertia dubitatio est, an res Censui subjecta possit dividi, & alienari in plures possessores? 115
Respondeo affirmativè cum Navar. *commentario de usuris num.* 114. Azor *part.* 3. *lib.* 10. *cap.* 11. *q.* 2. & cæteris communiter. Nullo enim jure id prohibetur; imò nec speciali aliquo pacto prohiberi potest, juxta Bullam Pij V. *de creandis Censibus*, cùm annullet quodli-

quodlibet pactum restringens libertatem alienandi rem Censitam, tam inter vivos quàm ultima voluntate; qui autem pacisceretur cum venditore Censûs, ut rem in plures possessores dividere non posset, hoc ipso libertatem eam alienandi restringeret. Unde irritum etiam foret pactum, quo emens Censum pacisceretur cum venditore, ut si partem rei Censitæ vendiderit; aliovè modo alienaverit, teneatur Censum Redimere, ut bene tradit Navar. *dicto commentario de usuris*, *num.* 115. quia hoc ipso dicta libertas alienandi Censuario restringeretur. Juxta eandem verò Bullam tenetur Censuarius, si velit rem vendere, aut aliquam ejus partem, id denuntiare domino Census, ut possit eam emere eodem pretio, & cum eisdem conditionibus, vendenda est.

116 Utrùm verò re Censita in plures possessores divisa, possit Censuista exigere pensionem in solidum à quolibet illorum? Resolutum est à nobis *supra sect.* 1. *n.* 11. ubi partem affirmativam amplexi sumus, quam præter ibi citatos sequuntur etiam Solis *lib.* 3. *de Censibus*, *cap.* 2. *n.* 18. Lassarte *de decima venditionis*, *cap.* 10. *n.* 14. Caldas Pereira *de extinctione Emphyteusis*, *cap.* 3. *num.* 25. *post medium.* Gabr. Pereira *decis.* 82. qui tamen limitat, nisi res divisa esset quasi per contractum cum ipso domino illius: ut quando dominus effecit, ut pars rei addiceretur in publica subhastatione; quod ita judicatum fuisse asserit: item Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubitat.* 12. *n.* 89. & Reginal. *lib.* 25. *n.* 411. §. *neque obstat*, & *seq.* Surd. *decis.* 32. *n.* 7. Petr. de Salas. *lib. de contract. c.* 11. *n.* 15. Peres, Gaspar Rodrig. & alij, quos refert, & sequitur Avendan. *de Censibus*, *cap.* 96. *num.* 14. & cum multis alijs Leotard. *de usuris*, *q.* 57. *num.* 30. ubi etiam refert aliquos contrarium tenentes, ut Covar. Federic. Martin. & Cyriac. quibus addo Azor *parte* 2. *lib.* 10. *cap.* 11. *q.* 3. Rebel. *parte* 2. *lib.* 10. *q.* 6. *n.* 2. & Bonac. *tomo* 2. *disp. de contractibus*, *q.* 4. *puncto unico sub num.* 38. §. *quarto si*; qui alios adducit. Intelligitur autem hæc resolutio, nisi dominus Census divisioni fundi Censualis consentiat, sine ulla sui juris reservatione. Item, nisi in provincia usu sit receptum, ut singuli possessores, pro rata tantùm rei, quam possident, obligentur. Quas limitationes adhibet, & latè explicat Leotard. *d. q.* 57. *n.* 39. & 41. Qui etiam n. 32. & 35. declarat præfatam resolutionem principalem, ut procedat etiam pro pensionibus antea decursis, si agatur hypothecaria, nisi Censuista in eis exigendis negligenter se gesserit.

An obligatio, quæ res Censita est adstricta pensioni solvendæ, sit obligatio propriæ hypothecæ?

§. IV.

SUMMARIUM.

Obligationem rei Censitæ pro pensione solvenda, esse obligationem propriæ hypothecæ, multi Doctores tenent. n. 117.

Addunt verò nonnulli hanc hypothecam esse irregularem, & posse ex ea conveniri quemlibet rei possessorē, non facta priùs excussione in bonis debitoris principalis, vel hæredum illius. n. 118.

Si autem emptor Censûs malit, posse pensionem exigere à venditore, vel ejus hæredibus, omisso possessore rei Censitæ: & consequenter licèt res Censita pereat, non proinde manere venditorem Census, vel ejus hæredes deobligatos à pensione solvenda. num. 119.

Obligatio rei Censitæ pro Censu solvendo non est propria hypothecæ, sed quoddam onus ipsius rei, qua pereunte, omninò extinguitur obligatio solvendi pensionem censua-

Censualem, non solùm propter Bullam Pij V. id statuentis, sed etiam juxta ipsam rei naturam. num. 120.

Explicatur ampliùs, qualis sit obligatio rei Censitæ pro Censu solvendo. n. 121.

Quando nominatur certa res, ut ex ea aliquid annuum solvatur, an & quando talis res maneat hypothecata pro tali præstatione solvenda? num. 117. juncto num. 122.

Vnde dignoscatur, rem nominari taxativè, aut solùm demonstrativè, ad aliquid ex illa solvendum? ibidem remissivè.

An obligatio rei Censitæ sit propriè servitus realis? n. 123.

117 QUarta dubitatio est; an subjectio, & obligatio, qua res Censita pensioni solvendæ est adstricta, sit obligatio propriæ hypothecæ? Affirmant Avendan. *respons.* 224. *n.* 23. Alciatus *consilio* 2. Covar. *lib.* 3. *variar. cap.* 7. *n.* 5. & 6. Solìs *lib.* 3. *de Censib. cap.* 4. *n.* 2. & alij, quos refert *n.* 1. Idemque re ipsa, quanvis in verbis discrepet, tenet Lara *Anniversar. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 29. & 30. Fundantur in quadam generali regula multorum Doctorum, quòd quando nominatur certa res, ex qua solvenda, vel percipienda sit aliqua præstatio annua, talis res cēsetur hypothecata pro tali præstatione: quam regulam inducunt *per textum in l. codicilis*, §. *instituto*, ibi. *neque fœnerari super eas*, ubi Bartholus, Baldus, Paulus Castrensis, & alij, *ff. de legatis* 2. & *in l. fundus*, ubi etiam Bartol. *ff. de annuis legatis*, ibi, *salva tamen causâ legati*, id est, *onere legati*; idque maximè procedere affirmant, quando pactum conceptum esset per dictionem, *super*, ut vendo, aut promitto tibi centum annua super fundo meo; tunc enim induci hypothecam fundi docent quamplurimi Doctores, quos latè refert Valasc. *de jure Emphyt. q.* 32. *n.* 17. *post medium*, & eos sequens Lara *de anniversarijs, lib.* 1. *cap.* 2. *n.* 12. Cùm ergo ad Censualem pensionem nominetur res certa, & onus eam solvendi super tali re constituatur, consequens est manere rem pro ea pensione hypothecatam.

Addit tamen Covar. & alij, quos 118 citat, & sequitur Solìs *dicto c.* 4. *n.* 9. hujusmodi hypothecam esse irregularem, & alijs fortiorem, nam res alijs hypothecis subjectæ, licèt, in quemcumque possessorem deveniant, semper secum deferant onus, & obligationem, ut ex ipsis fiat solutio, tamen si deveniant in tertium possessorem, qui non sit hæres, aut universalis successor debitoris principalis, non potest ab eis peti solutio, non factâ priùs excussione in bonis ipsius principalis debitoris, aut hæredum illius. Unde si talis possessor hypothecaria conveniatur, excipere potest de excussione non dum facta, *Auth. hoc si debitor, Cod. de pignoribus*, cum alijs similibus: at possessor rei hypothecatæ pro annuo reditu super ea constituto, quanvis sit singularis successor ejus, qui talem Cēsum constituit, conveniri potest pro illo reditu solvendo, etiam nulla facta excussione; teneturque novum titulum recognitionis domino Census facere pro pensione illi solvenda, si ab eo conveniatur.

Cæterùm, cum hoc sit quoddam 119 peculiare privilegium ejusmodi hypothecæ, subdit consequenter idem Covar. posse emptorem talis Censûs, si voluerit, omisso tertio fundi possessore, agere ad annum reditum adversus ipsum constituentem, vel ejus hæredes, etiam si ipsi non possideant rem, super qua Census est constitutus; cum hypotheca rei pro aliquo debito solvendo principalem debitorem, ejusque hæredes non liberet, quominus debitum ab eis possit exigi. Et hinc ulteriùs idem Covar. infert, licet pereat res, super qua Census est constitutus, non propterea ex natura contractûs Censualis Censum simpliciter perire,

sed

sed adhuc constituentem, & ejus hæredes manere obligatos ad pensionem solvendam, siquidem juxta communes leges hypothecæ, quod res hypothecata pereat, non tollit obligationem principalis debitoris, & hæredum illius.

120 Vera nihilominùs, & communis sententia est obligationem rei censitæ pro annua pensione solvenda, non esse propriam hypothecam, sed tantùm quoddam onus reale ipsi rei impositum, ut ex illa pensio annua debeatur, ita ut, re pereunte, Census pariter, omnisque obligatio pensionis solvendæ extinguatur. Ita Valascus *de jure Emphyt. q.* 32. *n.* 13. *&* 14. Caldas Pereira *de extinctione Emphytevsis cap.* 3. *n.* 35. Navar. *de usur. n.* 76. *& seq.* Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis. q. ultima, propè finem*, quatenùs requirit speciale pactum, ut perempta re censita, obligatio nihilominùs solvendæ pensionis permaneat Molina *disp.* 383. *n.* 12. Azor *parte* 3. *lib.* 10. *cap.* 5. *q.* 3. Less. *dicto cap.* 22. *n.* 8. *&* 35. Leotard. alios referens, *de usuris*, *q.* 57. *n.* 42. ac cæteri fermè omnes, qui post Bullam Pij V. scripserunt, in qua habetur quòd pereunte re censita debet similiter perire Census, cui illa subjecta erat, quod utique stare non potest cum eo, quod illa res habeat propriam rationē hypothecæ pro redditu solvendo. Cæterùm etiam ante illam Bullam ex præcisa natura contractus censualis, quo Census super aliqua re costitutus est, obligatio realis rei nō est propriæ hypothecæ, ut citati Doctores sentiunt. Probatur, quia per contractum censualem, quo Census super re aliqua constituitur, non venditur pensio annua, sed jus reale ad eam ex tali re percipiendam, quod jus nihil est aliud, quàm quoddam onus rei, quod ipsa re perempta necessariò extingui debet; nulla permanente obligatione in venditore ad pensionē deinceps solvendam, nam si res empta pereat, emptori perit non venditori, nisi fortè culpa istius perierit.

Vnde consequens est obligationem rei censitæ non posse dici obligationem hypothecæ, etiam irregularis, ut illam finxit Covar. sed etiam longè diversam, quæ nimirùm non sit pro assecuratione percipiendæ pensionis, quasi à constitutore Censûs principaliter debitæ, sed pro pensione ex ipsamet, re solvenda, ut ab illa tantùm immediatè, & principaliter debita; quæ obligatio impropriè tantùm dici potest hypothecæ, quatenùs rem comitatur in quemcumque possessorem deveniat, etiam si sit successor particularis ejus, qui Censum constituit. Et in hoc sensu improprio accipiendi sunt Doctores pro fundamento prioris sententiæ allegati, dum asserunt rem, quæ nominatur, ut ex ea aliquid annuum solvatur, censeri hypothecatam pro illa præstatione annua: loquuntur enim de hypotheca lato modo, quatenùs omnis realis obligatio hypotheca dici potest. 121

Neque regula *n.* 117. allegata transit sine magna difficultate, ut videre est apud Valascum *dictâ q.* 32. *n.* 13. *&* 27. Caldas Pereira *de extinctione Emphyteusis, cap.* 4. *à num.* 17. Lara *de anniversarijs l.* 1. *cap.* 2. *à n.* 3. & alios, quos referunt. Reditur enim difficilis regula ex textu *in l. ultima*, §. *finali, ff. de contrahenda emptione*, ubi cum Titius promisisset de fundo suo annuā pensionem frumenti se præstaturum, quæsitumque esset, an vendito illo fundo, teneretur venditor ad illam præstationem annuam? Respondit Jurisconsultus, non teneri, quod secus esset si regula illa esset universim vera. Vnde non parùm laborant Doctores in ea adæquanda, dicentibus quibusdam, intelligendam esse quando res nominatur ad annuam præstationem, apposita dictione, *super*, quæ in casu dictæ *l. ult.*, §. *finali*, apposita non fuit, sed propositio, *de*, ibi, *Titius promisit* 122

de

de fundo suo: alijs verò opinantibus, regulam procedere, quando super certa re annua præstatio constituitur in perpetuum, secùs verò quando solùm ad tempus; qualem fuisse existimant, de qua in *dicto §. finali* est sermo; sed his, & alijs opinionibus, & interpretationibus omissis, quas bene refellit Valasc. *d. n.* 17. Illa videtur optima, quam ipse cum alijs probat, ut videlicet dicta regula procedat, quando res nominatur ad annuam præstationem, taxativè, seu causa limitationis; non verò, si solùm nominatur demonstrativè, ut fit quando absolutè, seu in genere promittitur certa pensio, & postea adjicitur, ut capiatur ex fructibus talis fundi, quæ sententia magis etiam placuit Laræ *loco citato*, *n.* 4. *&* 6. & sumitur ex Glossa *in l. hactenùs*, 8. *verb. ab eo*, *ff. de usufructu*, quæ interpretatur textum in *dicto §. finali*, loqui de fundo demonstrativè tantùm nominato pro promissa pensione solvenda. Unde autem dignosci possit, quando res nominatur taxativè, aut demõstrativè attingit Valasc. *dicto num.* 17. *propè finem*, & nos latiùs explicuimus *disp.* 4. *de contractibus in genere*, *sect.* 3. *post medium*, §. *illud autem.* Ubi etiam cum communi Doctorum tradidimus in dubio censendam esse nominationem rei factam causa demonstrationis, quod præter ibi citatos tradit etiã Lara *super n.* 5. cum Mantica *de conjecturis ultimarum voluntatum*, *lib.* 9. *tit.* 2. *n.* 5. & Peregrino *de fidei commissis*, *articulo*. 16. *n.* 110.

123 Dubitabis ultimò, an obligatio rei censitæ pro annua præstatione ipsi imposita, sit propria servitus realis? Vel, in quonam ab ea differat? Respondetur, non esse servitutem propriã, quanvis cum illa similitudinem habeat, quatenùs sequitur rem, & cum ea pereunte extinguitur, quemadmodùm servitus: in eo autem à servitute reali differre, quod hæc ex juris dispositione est tantùm obligatio, & subjectio unius rei comparatione alterius ad alium dominum pertinentis, quæ dominans appellatur, ita ut ejusmodi obligatio solùm per se immediate sit in ipsis rebus, passivè in re serviente, & activè in dominante, in cujus utilitatem cedere debet, ita quod res dominans inde fiat melior. Sic relatis alijs notat Valasc. *dictâ quæst.* 22. *de jure Emphyteutico*, *n.* 26. & Caldas Pereira *de extinctione Emphyteusis*, *cap.* 4. *n.* 12. & patet *ex l. ut pomum*, ubi interpretes, *ff. de servitutibus.* At verò obligatio rei censitæ non respicit rem aliam, ut dominantem, in cujus utilitatem cedat, sed respicit tantùm personam Censuistæ. Unde maiorem videtur habere similitudinem cum servitute personali, qua unus homo est servus alterius, ut bene advertit Molina *disp.* 383. *n.* 12.

SECTIO OCTAVA.

Vtrùm Census personalis licitè possit emi jure naturali, etiam si pensiones, quæ ex illo sperantur, pretium excedant? Vbi obiter de Censu misto.

SUMMARIUM.

Census personalis quid sit? n. 124.

Proponitur prima sententia negans posse emi licitè Censum personalem. ibidem.

Proponitur, & præfertur contraria sententia affirmans. n. 129.

Licitam esse praxim Regni Lusitaniæ circa emptionem jurium, seu Censuum personalium. ibidem.

Potest quis alteri obligari serviliter, & civiliter, & in quo hi obligationis modi inter se differant? n. 134.

Super hominis persona potest constitui Census Realis, & Personalis. ibidem.

Nullo jure cavetur, ne homo liber obligationi

gationi pignoris se subjicere valeat, sed ne debitor creditori addicatur ad serviendum. num. 136,

Per constitutionem Census civilis, & proprie personalis, non contrahitur servitus personæ. n. 137.

Spectato solo jure naturali quilibet homo se potest vendere, & servum alterius efficere. ibidem.

Qui realem Censum super se constitueret, non propterea fieret servus censuista. num. 138.

Liber homo non prohibetur, quominùs suas operas alteri locare possit in perpetuum. n. 139.

Explicatur qua ratione jus personale habeat rationem mercis in venditione Census Personalis: non verò pensiones, quæ ex tali Censu debentur. numero 142.

Licitam esse emptionem Census misti, id est, partim realis, & partim personalis; & quando talis Census constitui censeatur? num. 143.

Census Personalis emi potest minori pretio, quàm sint omnes pensiones ex illo percipiendæ collectim sumptæ. num. 144.

124 Diximus hactenùs de Censu reali: nunc de personali, & consequenter etiam de misto, qui utrumque, id est, tam realem, quàm personalem complectitur, agendum. Est autem Census personalis, jus exigendi annuam pensionem ab aliqua persona, quæ per se immediatè ad eam solvendam obligata sit. Circa hunc igitur Censum gravissima, satisque difficilis quæstio est, utrùm citra labem usuræ, alteriusvè injustitiæ, vel dehonestatis contra jus naturale, possit emi, etiam si pensiones, quæ ex illo sperantur, pretij quantitatem excedant? In qua quæstione, prima sententia negat, posse ejusmodi Censum constitui. Hanc tradunt Hostiensis, Joannes Andreas, Panormitanus, & alij *in cap. in civitate, de usuris.* Angelus *in summa, verbo, usura*, Cassaneus *in Catalogo gloriæ mundi, parte* 12. *conclusione* 99. & quidam alij, quos refert, & sequitur Navarrus *commentario de usuris, numero* 81. *in editione Romana anni* 1588. *aliàs numero* 83. ubi dicit hanc sententiam esse ferè omnium. Eandem sequuntur Valascus *de jure Emphyteutico, quæstione* 32. *numero* 10. Molina *tomo* 2. *de justitia, disputatione* 187. *vers. hanc ergo*, & Rebel. 2. *parte, lib.* 10. *quæstione* 3. qui alios citant. Sequuntur etiam Franciscus Garcia, Mercado, & quidam alij Recentiores, quos refert Solís *libro* 1. *de Censibus, cap.* 8. *numero* 3. & plures pro eadem refert Salas *de Censibus dubitat.* 3. *num.* 1.

Probatur hæc sententia primò, quia persona libera non potest subire obligationem pignoris, nec tamquam pignus teneri pro debito, *cap.* 2. *de pignoribus, l. ob æs alienum, Cod. de actionibus, & obligationibus. l. qui filios, Cod. quæ res pignori obligari possunt*, cum similibus: ergo nec supponi obligationi Census, quæ rem non minùs adstringit, quam obligatio pignoris. Secundò, quia res, quæ supponitur Censui contrahit quamdam servitutem, ratione cujus potest vendicari à domino Census, si aliàs ei satisfieri non potest; est autem contra bonos mores libertatem alicujus infringi, servituti eum subjiciendo. *l. Titio centum, §. Titio centum* 2. *ff. de conditionibus, & demonstrationibus.* Unde nec volens potest liber homo fieri servus. *l. nec si volens, & l. libros* 1. *& 2. Cod. de liberali causa.* Tertiò, quia ingenuus non potest se obligare, etiam adhibito juramento, ad operas suas alicui in perpetuum præstandas. *l. si quis pro eo, in principio, juxta glossam, & communem intellectum, ff. de fidejussoribus, & l. penult. ff. de obsequijs à liberis, & liber-* 125

libertis parentibus, *& patronis præstandis*, *& l. certum*, *§. si quis absente*, *ff. de confessis*. Qui autem super sua persona Censum constituit videtur se obligare ad præstandas operas in perpetuum. Quartò, quia Martinus V. & Calixtus III. in suis Extravagantibus, *1. & 2. inter communes*, *de emptione*, *& venditione*, solos Census reales declararunt esse licitos: ergo personales censendi sunt illiciti.

126 Quintò denique probatur, & declaratur hæc sententia ratione à priori, quia contractus censualis, cùm sit quædam emptio, & venditio, non potest stare quin versetur circa aliquam mercem, ad quam tradendam se obliget venditor, conferendo quantum in se est jus, & verum titulum emptori, ut illam obtinere, & habere possit: in contractu autem, quo quis intenderet Censum Personalem vendere, & constituere, nulla talis est merx, nam, vel hæc esset jus servitutis, quam venditor super se constitueret, ratione cujus maneret obligatus emptori ad annuam pensionem instar servi, qui singulis hebdomadis aliquid domino pendit ex suis operis, reliquum sibi reservando: vel esset ipsa pensio annua ad quam solvendam venditor se obligaret, conferendo emptori jus ad illam exigendam: vel denique esset hoc ipsum jus ad pensionem, quod emptori conferretur. Primum dici non potest, ut constat ex juribus supra citatis, & præterea quia nemo personalem Cēsum constituens, credendus est personam suam vendere, & servituti subjicere; & dato quod aliquis id intendat, ac verè servus efficiatur, non potest verus Census in ejus persona consistere, respectu domini, cujus est servus; quia Census est jus percipiendi pensionem ex re simpliciter aliena, non ex propria, neque ex proprio servo. Secundum etiam non est dicendum, nam, ut sæpè in superioribus monuimus, vendens Censum, non vendit per se immediatè pensiones, quas postea soluturus est: neque, si contrarium admittas, Censum Personalem salvare poteris ab injustitia, si ematur minori pretio, quam sint omnes pensiones percipiendæ, siquidem emptor minùs pro illis daret, quam ipsæ in se valerent.

Tertium quoque est falsum, quia merx in quovis contractu emptionis est id, ad quod emptor per ipsummet contractum jus acquirit, non autem ipsum jus, quod acquiritur, ut si tibi vendam hunc librum, solus liber est merx, quæ venditur, non autem jus, quòd ex tali venditione acquiris ad librum recipiendum: merx enim est materia emptionis, & venditionis, ad quam necessariò supponitur, saltem ut existens in spe: illud autem jus est effectus ipsius emptionis, & venditionis, ex qua, ut in venditore resultat jus ad pretium, ita in emptore ad mercem. Unde quemadmodum jus ad pretium non habet rationem pretij, sic nec jus ad mercem habet rationem mercis. Quod si nihilominùs contendas etiam illud jus habere rationem mercis, nec sic difficultatem effugies; nam saltem negare non poteris, rem, ad quam jus illud ex vi contractus comparatur, habere proprijssimam, & potissimam mercis rationem: quis enim negabit in venditione, verbi causa, libri; habere librum, ad quem per talem contractum emptor jus acquirit, propriam, & principalem rationem mercis. Unde licet demus, quod in contractu censuali jus ex eo resultans ad annuam pensionem percipiendam habeat rationem mercis, cum hoc stat quod ipsa pensio est proprijssima merx, quæ ibi emitur; & sic relaberis in id, quod superius impugnatum est, & emptorem 127

tem talis Census ab injustitia non salvat, si pretium omnibus pensionibus percipiendis æquale non sit, ut probatum est.

128 Stat ergo contractum, quo quis intenderet vendere, & instituere Cẽsum Personalem, esse nullum ex defectu materiæ aptæ, quæ in eo possit habere rationem mercis, & sic talem Censum minimè posse constitui, saltem per venditionem. In qua sententia Census etiam mistus necessariò excluditur, cùm ex ea parte, qua super personam immediatè constituitur, easdem habeat difficultates.

129 Secunda sententia, cui adhæreo, tenet licitam esse jure naturali emptionem Census Personalis, modò justo pretio contrahatur. Ita sentiunt Conradus *de contractibus*, *quæstion.* 74. 75. *&* 83. *conclusione* 13. Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis*, *quæst.* 11. *aliàs* 1. *de Censibus*, Maior *in* 4. *distinctione* 15. *quæstion.* 44. *in fine*, Gabriel. *ibidem quæstion.* 12. *conclusione* 1. Antonius Gomes *in l.* 88. *Tauri*, *num.* 2. *de finem.* Sotus *lib.* 6. *de justitia quæst.* 5. *articulò* 1. *conclusione* 4. Covar. 3. *variarum*, *cap.* 7. *num.* 5. *§. Ego sane.* Valentia *tomo* 3. *disput.* 5. *quæst.* 22. *puncto* 2. *§. quarto sequitur*, Michael de Palatio *lib.* 4. *praxis Theologicæ*, *capit.* 7. Solís *libr.* 1. *de Censibus*, *capit.* 8. *n.* 4. Azor *parte* 3. *lib.* 10. *cap.* 5. *quæst.* 1. Reginaldus *lib.* 15. *numer.* 419. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubitatione* 4. *n.* 18. Salas *de Censibus*, *dub.* 3. *num.* 2. Leotardus *de usuris*, *q.* 48. *ferè per tot.* & alij penè innumeri, quos referunt. Eandem sententiam re ipsa approbat Senatus, & praxis hujus Regni Lusitani, teste Gabriele Pereira, *decisione* 84. *num.* 3. ubi affirmat sæpè decisum esse in Senatu non committi usuram, quando pecunia datur sub certo interesse, vulgò, *A rezão de juro* (quod nihil aliud est, quàm Census Personalis) etiam inter personas, quæ mercaturam non exercent: & hunc contractum generali consuetudine, & approbatione receptum, & judicatum sæpiùs esse licitum, cum illa tamen moderatione, ut dentur centum in sex, & quartum, id est, centum aurei in sex aureos, & quartam partem unius aurei. Et pro hac sententia refert idem Gabriel Pereira Surdum, *decisione* 259. *num.* 16.

Probatur efficaciter hæc sententia: Primò ex Bulla Nicolai V. *de Censibus pro regno Siciliæ ultra*, *&* 130
citra Pharum, in qua habetur, posse obligari personas, & omnia earum bona pro Censuum à se venditorum securitate, ibi, *Cum potestate vendentes personas*, *eorumque proprietates*, *reditus*, *jura*, *& omnia*, *& singula bona obligandi*, *& obligari faciendi.* Quod Gregorius XIII. confirmavit in alia Bulla pro eodem regno, teste Solís *supra numero* 7. ergo cùm existimandum non sit hos Pontifices aliquid approbasse juri naturali repugnans, fatendum est, non esse contra jus naturæ, quòd aliquis vendens Censum, suam personam ejus obligationi immediatè subjiciat, & illud super se immediatè constituat, sive simul alia res obligetur, sive non.

Secundò, quia persona, quæ habet, aut habere potest, unde annuam 131
pensionem solvat, est apta, ut super ea Census constituatur, se ipsam immediatè obligando ad præstationem annuam, ut patet ex *libro* 2. *Esdræ*, *cap.* 10. ubi fideles spoponderunt se constituros super suas personas annuum reditum tertiæ partis sicli, pro fabrica, & necessitatibus templi. Hujusmodi autem obligatio est pretio æstimabilis, ut per se constat, & potest spontè suscipi, etiam respectu personæ particularis, cui se obligare voluerit: nihil enim vetat, quòd unus homo possit alteri obligari ad ali-

F 2 quam

quam præſtationem licitam, & ſibi poſſibilem: ergo poteſt ſuſcipi pro pretio, atque adeò vendi alteri, quod nihil eſt aliud, quàm conſtitui, & vendi Cenſum Perſonalem.

131 Tertiò, quia homo liber propria voluntate ſe poteſt conſtituere debitorem alteri ex juſtitia cujuſcumq; præſtationis, quam licitè poſſit facere. Hac enim ratione, qui alteri promittit rem, quam licitè poteſt dare, tenetur eam præſtare ex juſtitia, ſi ita ſe obligare intendit, ut apud omnes eſt indubitatum: ſed homo habens ſufficientem facultatem ad ſolvendam annuam penſionem, poteſt licitè eam præſtare per ſe loquendo, ut patet: ergo propria voluntate ſe poteſt efficere debitorem illius ex propria juſtitia; atque adeò, & proprium Cenſum Perſonalem ſuper ſe conſtituere, cùm hic ex parte debitoris, nihil aliud ſit, quàm obligatio juſtitiæ ad aliquid annuum ſolvendum. Nec dicas poſſe hominem liberum eam juſtitiæ obligationem ſuper ſe conſtituere gratis, non autem pro pretio: nam ſi poteſt gratis: ergo etiam pro pretio, cùm evidens ſit talem obligationem eſſe pretio æſtimabilem.

133 Confirmatur, & declaratur ampliùs hæc ultima ratio; quia modus, quo quis ſola ſua voluntate poteſt obligari alteri ex juſtitia, eſt dando alteri jus adverſum ſe: ex hoc enim jure alteri acquiſito neceſſario reſultat in ipſo dante obligatio juſtitiæ ad præſtandum id, ad quod alter jus habet, cum hoc ſit objectum, & materia juſtitiæ, ad cujus poſitionem illa obligat: nihil autem ſecundùm rei naturam vetat, quominùs homo liber poſſit dare alteri ejuſmodi jus adverſum ſe ad aliquid annuum illi ſolvendum, cùm ex eo jure ſolùm inducatur obligatio juſtitiæ, quæ liberum hominem non dedecet, imò ad exercitium virtutis ſpectat: ergo cum hoc jus ſit pretio æſtimabile, non ſolùm gratis, ſed etiam pro pretio dari poteſt; & perconſequens licitè ſecundum naturam poteſt conſtitui, & vendi Cenſus perſonalis in tali jure conſiſtens; quod argumentum mihi videtur evidens, & ideo omitto, alia, quæ à citatis Doctoribus afferuntur non adeò efficacia.

Ut verò hanc ſententiam magis explicemus, & ad argumenta contraria faciliùs reſpondeamus; advertendum eſt, dupliciter poſſe unum hominem alteri obligari, uno modo, *ſerviliter*, (ſeu quod in idem recidit) realiter, id eſt, ut eſt quædam res, in qua alter poteſt habere aliquod jus. Hoc modo ſervus obligatur domino, & poteſt ſupponi obligationi pignoris, & hypothecæ, ac ſubjici etiam Cẽſui reali, ut admittunt Innocentius, Abbas, & alij apud Azor *dicta q.1.§. nota primò*: eſt enim ejuſmodi obligatio, quemadmodùm obligatio prædij, vel equi, à qua ſolùm differt materialiter, ratione ſubjecti, in quantum ſcilicet inhæret cuidam ſuppoſito rationali, ſeu perſonæ, unde ſolum materialiter dici ſolet perſonalis, cum re vera in ſe, & quoad effectus, ſit realis, quemadmodũ obligatio rei inanimis, vel irrationalis. Alio modo, *civiliter*, ſeu tamquam civis, & ut perſona libera: quo pacto homines obligantur ex juſtitia ad ſolvenda debita. Hujus obligationis non ſunt capaces res inanimes, aut irrationales, neque homo illi ſubjicitur, ut eſt quædã res, in qua alter jus habeat, ſed ut eſt perſona rationis capax, adverſus quam alter jus habet, ut ſibi aliquid præſtet: unde hæc obligatio propriè dicitur perſonalis, non vero realis, quẽadmodùm etiam jus creditoris, ex quo illa reſultat, non reale, ſed perſonale appellatur. Juxta hos duos modos obligationis, qui in perſonam humanã cadere poſſunt, dupliciter poteſt Cenſus in homine cõſtitui: uno modo obligãdo ejus perſonã, *ſerviliter*, ſeu cõſtituẽdo in illa jus reale, ut ex ea debeat ſolvi annua 134

annua pensio, quemadmodum ex prædio, aut ex alia simili re frugifera, in qua Census constitutus fuerit. Unde ejusmodi Census, qui servilis dici potest, est verè realis, solùmque materialiter, & quasi per accidens appellatur personalis, quemadmodum de obligatione priori modo diximus. Altero modo obligando tantùm personam, *civiliter*, seu ex justitia per jus personale alteri concessum ad annuã pensioné exigendam, qui Census rationé servitutis non habet, neque ullo modo est realis, sed tantũ personalis, utpotè cui sola rationalis persona potest subjici, sicut de obligatione secundo modo dictum est.

135 His positis nostra sententia intelligitur de Censu personali secundo modo, qui solùm videtur esse in usu, ubi Census personales permittuntur, & de illo tantùm procedunt rationes à nobis adductæ, quanvis multi ex Doctoribus, pro eadem sententia relatis, etiam de Censu priori modo loquantur, & eum licitum esse affirment, secundùm jus naturæ, quod nobis etiam placet, si modo rationabilis causa ad eum constituendum interveniat, ut ex dicendis constabit. Prior verò sententia potissimum procedit de Censu primo modo de quo tantùm omnes ferè Doctores pro ea adducti cogitasse videntur, ut ostendunt jura, quibus suam sententiam adstruunt. Et quidem Navarrus solùm damnat Censum constitutũ super persona libera eo modo, quo in prædio aliquo constituitur. In quo sensu intelligendi etiam videntur Innocétius, Hostiensis, & multi alij Doctores, quos pro se adducit. In quocumque autem sensu loquantur, eorum sententia est falsa, si solùm jus naturæ spectemus: imò licet etiam spectetur jus civile, ut jam ex solutione fundamentorum, quibus nituntur, apertum erit.

136 Ad primum ergo respondetur, imprimis negando antecedens: nihil enim vetat, quominùs homo liber se possit adstringere nexu pignoris, ut probat *Textus in cap. ex rescripto, 9. de jurejurando.* Sic enim tenentur obsides. Neque repugnant jura in argumento adducta: solùm enim reprobant, & vetant teneri hominem liberum, tanquàm servum, cogendo illum servire, pro debito pecuniario: cum quo tamen stat posse debitorem teneri, & incarcerari, si nolit debitum solvere. Neque in illo *capit. 2. de pignoribus*, reprobatur tradi debitorem in pignus pro suo debito, sed tradi, & teneri ejus filios, ut constat ex integro tenore illius decretalis, in verbis, quæ ex illa refert Anton. August. Apud Solis *supra numero* 8. Itaque nullus textus probat, non posse hominem liberum jus pignoris in se ipso constituere, solùmque jure cavetur, ne debitor creditori addicatur ad serviendum. Unde consequens est non repugnare etiam, quòd homo liber se ipsum subjiciat Censui, non modo civili, sed etiam servili supra explicato. Deinde dato antecedente, negari adhuc potest consequentia, quoad Censum civilem, & propriè personalem; quia etiamsi homo liber non posset subjici obligationi pignoris, quæ est realis, & servilis, adhuc posset obligari civiliter, seu ex justitia, quod satis est, ut civilem Censum supra se possit constituere, ut ex dictis constat.

Ad secundum respondetur, per constitutionem Census civilis, & propriè personalis, nullam contrahi servitutem, cum ejusmodi Census solùm inducat obligationem justitiæ, quæ cum omnimoda libertate non repugnat. Unde argumentum nihil concludit contra id, quod nostra sententia principaliter intendit; quod nimirùm possit homo liber se subjicere Censui, propriè personali. quia verò ulteriùs, admittimus, posse etiam se subjicere Cẽsui servili, & reali, quemadmodum subjicitur prædiũ. Respondemus præterea quãvis talis Cẽsus sit quædã servitus, non repugnare juri naturali, quod 137

homo se possit ei subjicere, quia secundùm jus naturæ, unusquisque se potest vendere, & servum alterius efficere, idque non solùm validè, sed etiam licitè, si rationabilis causa subit, ut ex communi sententia tradidimus *tract. de emptione, & venditione, disp. 2. sect. 7. ad finem.* Unde quod aliquis se privet sua libertate, non est contra bonos mores naturales, & neque simpliciter contra civiles; nam etiam jure civili id permittitur cum certis conditionibus, quas loco citato recensuimus.

138 Neque obstant jura in argumento adducta. Nam *l. Titio centum*, solùm reprobatur, & rejicitur conditio, vel modus adjectus legato, per quem libertas legatarij infringitur; & *l. Nec si volens*, cum alijs simul allegatis, solùm decernitur irrita, & nullius momenti confessio, & pactio, qua aliquis liber se servituti addicit gratis, id est, quin aliquid pretij, aut lucri recipiat, cùm id amentiæ plenum sit, non autem si aliquod lucrum sentiat, ut notat Glossa *in §. servi 2. verbo venundari, Instituta de jure personarum.* Licet autem qui tali Censui suam personam subjiceret, servilis conditionis efficeretur, non tamen fieret servus simpliciter, nec cum servis censeretur, sed cum liberis, quemadmodùm de adscriptitijs tradit Valasc. *de jure Emphytent. q. 33. num. 6.* Idque multò maiori ratione, cùm saltem retinerent liberam facultatem eundi, & manendi quo vellent, quod ad libertatem simpliciter conservandam sufficit, ut bene advertit Solís *dict. cap. 8. n. 9.*

139 Ad tertium respondetur per illas leges, solùm reprobari, & decerni irritam pactionem, qua ingenuus se gratis efficeret servilis conditionis, obligando se realiter, ac serviliter ad suas operas alteri in perpetuum præstandas, sicut proximè dictum est de pactione, qua quis se addiceret servituti; alias enim, neque jure naturali, neque positivo liber homo prohibetur, ne suas operas alteri possit in perpetuum locare, ut docet Accursius *in l. 3. §. nec tamen, verbo, reverti, ff de usufructu*, & ibi Odofredus *n. 2. & 3.* Angelus *n. 2.* Fulgosius *n. 6.* Glossa *in l. antiquitas, verb. nunquam ad suam Cod. de usufructu* & ibi, Odofredus *n. 3.* Joannes Faber. *n. 1.* Baldus *num. 8.* Salicetus *n. 4.* & alij. Item Barthol. & omnes *in l. stipulationes non dividuntur, ff. de verborum obligationibus*, quos omnes refert, ac sequitur Solís *lib. 1. de Censibus, cap. 8. n. 1.* Præterea etiam in specie illarum legum credit idem Solís *n. 9.* juramentum de operis præstandis obligare Jure Canonico; idemque sentire debent, qui absolutè docent non posse per potestatem civilem irritari juramentum de re, quæ non est contra bonos mores naturales; quam sententiam tenet Soares *tomo 2. de Religione lib. 2. de juramento cap. 28. n. 15.* Barbosa *in l. 1. parte 1. n. 74. & seqq. ff. soluto matrimonio*, & alij. At contrarium est verius, ut sentiunt Mol. *tomo 1. disp. 149. §. quoad potestates*, & relatis alijs Sanches *lib. 3. in decalog. c. 22. n. 10.* Quidquid autem de hoc sit, argumentum ex dictis legibus petitum minimè concludit, non posse constitui, & vendi Censum personalem, etiam servilem, si solùm jus naturale spectemus; imò neque si etiam spectemus jus civile, cùm per hoc jus non impediatur fieri hominem liberum voluntate sua servilis conditionis pro pretio, ut ex dictis constat, & patet ex *§. servi, Inst. de jure personarum.*

Ad quartum respondetur Martinum V. & Calixtum III. ideò solùm 140
declarasse Census reales esse illicitos, quia de illis tantùm fuere consulti; non verò quod personales illicitos judicarent. Vnde etiam ad simile argumentum, quod sumi posset ex Bulla Pij V. vetantis constitui Census Personales, dicendum est non omninò ab illo prohiberi, aut irritari hos Census, quod antea essent illiciti, sed propter

vitan-

vitandas fraudes, & usuras, quæ hominum malitia, aut ignorantia facile sub eorum prætextu obrepere poterant.

141 Ad quintum denique respondetur, in contractu, quo Census personalis emeretur, & constitueretur, posse habere rationem mercis, tam jus servitutis, quo persona maneat realiter obligata pro annua pensione, quam etiam jus personale, & legale, quod liber homo adversum se tribuat, ut maneat alteri debitor ex justitia pensionis annuæ: utrumque enim potest esse materia emptionis, & venditionis, non solùm secundùm jus naturale, sed etiam juxta civile, ut ex dictis constat. Ad id verò, quod contra primam partem opponitur, dicimus, licèt nemo, qui absolutè vendat, & constituat Cēsum Personalem censendus sit intendere personam suam vendere, aut servituti subjicere, nisi id exprimat, cùm potiùs debeat censeri quod intendat constituere Censum civilem, & usitatum, ex quo solùm maneat debitor ex justitia, absque libertatis detrimento: attamen, si id intendat, & exprimat, nihil obstare, quominùs aliquam inde servitutem contrahat, & vero Censui reali subjectus maneat, esto Census non possit constitui in servo respectu proprii domini: nam quamvis talis Censuarius per talem Censum maneat servilis conditionis, non tamen maneret servus censuistæ, sed esset simpliciter homo liber, ut probavimus n. 138. & constat apertè in simili, quia etiam prædium Censui subjectum simpliciter est liberum, & alienum respectu censuistæ, non obstante reali jure, & quasi

142 servitute, quam in illo habet.

Deinde ad id, quod opponitur contra aliam partem, respondemus, jus illud, quod emptor per contractū emptionis immediatè acquirit ad exigendam rem emptam, non habere rationem mercis, respectu ipsiusmet contractus, ex quo resultat, ut argumentū convincit: itaque mercem in contractu Censuali, quo ēmitur, & constituitur Census propriè personalis, non esse jus aliquod immediatè ex ipso contractu resultans, sed aliud jus personale, quod venditor emptori promittit, & confert pro pretio, obligando se hac ratione ex justitia ad annuam pensionem illi solvendam, prout supra, confirmando, & declarando nostram sententiam explicuimus. Unde duplex jus personale necessariò intervenit in contractu, quo Census personalis venditur: alterum est jus ad pensionem annuam, in qua propria ratio ejusmodi Census consistit, & quod in eo contractu venditur: alterum est jus resultans immediatè ex ipso contractu ad illud primum jus acquirendum, & retinendum, tamquàm veram mercem legitimè emptam, quam venditor ex justitia debet tradere. Unde ulterius fit pensiones, quæ ratione hujus Census emptori debentur, non habere rationem mercis in dicto contractu; siquidem non illæ, sed jus ad illas immediatè emitur. Nec videatur novum unum jus personale posse emi, & deberi ratione alterius juris ad illud acquisiti; nam quando venduntur debita personalia (quod frequenter fit) re vera emitur jus personale creditoris ad solutionem obtinendam: & ad tale jus acquiritur aliud jus personale, quod ex ipso contractu immediatè resultat.

Ex dictis colliges licitam quoque esse jure naturali emptionem Censûs mixti, id est, partim realis, & partim personalis, ut quando aliquis emeret Censum super prædio, ea lege, ut etiā si prædium pereat, aut reddatur infrugiferum, venditor nihilominùs ad totam pensionem teneatur: vel quando Census simpliciter constitueretur, & super persona, & super prædio immediatè; ut si venditor diceret: Vendo tibi Censum decem modiorum, cui & meam personam, & tale prædium meum ita subjicio, ut vel à me, aut à meis 143

hæredibus, vel si malueris ex ipso prædio, in quemcunque possessorem deveniat, pensionem exigere possis. Ita Molina *tomo* 1. *de justit. disp.* 187. *n.* 10. Less. *lib.* 2. §. 22. *dubitat.* 4. *n.* 23. & alij, inter quos numerari debent Covar. Sotus, Solís, & quidam alij quos citavimus *sect.* 6. *initio*, & *sect. praecedenti*, *n.* 117. *in* 4. *dubitatione*, dum in omni Censu Reali magis principaliter agnoscunt obligatam personam venditoris, à quo Census est constitutus, quam ipsam rem Censitam. Quæ sententia licèt absolutè sit falsa, tamen dum approbat licitum esse ex natura rei Censum mistum, de quo hîc loquimur, vera omninò est. Et probatur facilè, quia si licita est emptio, & constitutio Census super re, ac super persona sigillatim, ac seorsim, etiam est licita conjunctim. Nam quando duo contractus secundùm se sunt liciti, licitus etiam est alius tertius ex utroque coalescens.

144 Adhuc verò superest alia difficultas in titulo sectionis proposita circa pretium, quo Census personalis contrahi potest, an scilicet possit contrahi minori pretio, quàm sint pensiones, quæ percipi sperantur? Qua in re illud generaliter statuendum est, ut talis emptio sit licita, non oportere pretium esse æquale omnibus pensionibus percipiendis, sed posse esse minùs. Ita Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis*, *quæst.* 12. *ad secundùm*, Valentia *tomo* 3. *disp.* 5. *q.* 22. *punct.* 5. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubitat.* 4. *num.* 20. & alij cummuniter. Ratio est, quia quod in tali contractu emitur, non sunt pensiones postea percipiendæ, sed jus personale ad illas exigendas, ut constat ex dictis *n.* 142. ex multis autem capitibus evenire potest, ut illud jus minùs valeat, quàm ipsæ pensiones simul sumptæ: potest enim esse periculum, quod fortè postea non omnes solventur, vel non sine molestijs, & expensis, quod periculum ex omnium sententia efficit, ut illud jus minus valeat: item juxta nonnullos Doctores pensiones postea solvendæ minus valent, quam præsens pecunia ejusdem quantitatis. Unde minor quantitas pecuniæ præsentis potest æquare illum valorem, atque adeò esse justum pretium juris ad eas postea exigendas, etiam si nullum subsit periculum, quòd integrè non solventur. Cæterùm quantùm hæc secunda ratio valeat; & an tradita resolutio locū habeat in emptione cujuslibet Census personalis, etiam ad certum tempus constituti? Sequenti sectione aperietur.

SECTIO NONA.

Expediuntur quædam dubitationes circa Census personales.

Cum Census personalis licitè possit emi, & constitui, secundùm rei naturam, ut præcedenti sectione ostensum est, nonnullæ circa illum sunt dubitationes in præsenti expediendæ.

Vtrùm emens Censum personalem possit exigere hypothecam à venditore ad securitatem pensionis?

§. I.

SUMMARIUM.

Statuitur pars affirmativa. n. 145.

Pro securitate mutui solvendi potest exigi hypotheca tam generalis, quam specialis. ibidem.

Hypotheca exigi potest in emptione Census Realis, non obstante Bulla Pij V. ibidem.

Emens Censum personalem potest etiam petere fidejussorem. n. 146.

Quan-

Quandiu duratura sit obligatio dicta hypotheca, & fidejussoris: & quomodò ex illa agi possit? ibidem.

145 PRimò dubitatur, utrùm emens Censum Personalem, possit exigere hypothecam à venditore ad securitatem pensionis solvendæ? Respondetur affirmativè cum communi sententia, quam bene tradit Less. *lib. 2. cap. 22. dubitat. 4. n. 22.* Probatur primò à simili, quia in mutuo, in venditione ad terminum, & cæteris contractibus, licitum, & vulgare est exigi hypothecam, tam generalem, quàm specialem, & posse etiam exigi in emptione Census realis pro securitate solvendæ pensionis, quandiù Cēsus extinctus non fuerit, docent, etiam spectata Bulla Pij V. Molina *disp. 387. n. 9.* Sâ, *verbo, Census, n. 4.* Reginaldus *lib. 25. n. 417.* & alij communiter. Ergo exigi similiter potest in emptione Census Personalis, cum eadem planè sit ratio, nec jus aliquod repugnet. Secundò à priori, quia cùm contractus sit validus, & venditor teneatur pensionem solvere, potest emptor exigere securitatem talis solutionis. Ad hanc autem securitatem spectat hypotheca: ergo potest emptor illam exigere, nec propterea tenetur pretium augere, cum utatur jure suo, ac de sua indemnitate agat.

146 Unde eadem etiam ratione, qui hunc Censum emit, potest petere fidejussorem, qui utique omni obligationi accedere potest. §. *in omnibus, Instit. de fidejussoribus.* Tandiù autem durabit dicta hypotheca, & fidejussoris obligatio, quandiù persona Censui subjecta liberata non fuerit. Cæterum non poterit agi adversus tertium possessorem, in quē res hypothecatæ fuerint translatæ, nec adversus fidejussorem pro solutione pensionum, nisi facta prius executione in bonis personæ censitæ, seu principalis debitoris, juxta communes regulas hypothecarum, & fidejussionum.

Qualis debeat esse persona, in qua Census Personalis constitui potest?

§. II.

SUMMARIUM.

Refertur prima sententia, & in quo sensu sustineri possit? n. 147.

Proponitur secunda, & vera sententia, num. 148.

DUbitatur secundò, qualis debeat esse persona, in qua Census Personalis constitui potest? 147 Respondent Valentia *tomo 3. disp. 5. q. 22. puncto 2. §. quartò sequitur*, Azor *parte 3. lib. 10. cap. 5. q. 1. vers. secunda sententia*, & alij, quos refert, debere esse talem personam, ut possit propria opera, & industria acquirere, unde pēsionem solvat, cùm aliàs tam inutilis, & inepta sit ad fundandum Censum, sicut ager sterilis, qui nullū potest ferre fructum. Hæc tamen sententia si nihil ampliùs addat, solùm potest sustineri quoad personam, quæ sit capax Census realis. Hic enim Census cùm sit jus in re ad pensionem ex ipsamet re percipienda, in sola re, aut persona fructifera intelligi potest: in Censu autem personali aliter se res habet, quia cùm consistat in jure, & obligatione justitiæ, ex qua persona Censuarij pensionem debeat, consistere potest in quavis persona, quæ ex justitia obligari possit ad pensionem solvendam: patet autem ejusmodi obligationem cōtrahi posse à persona, quæ nihil suis operibus, aut industria acquirere valeat, si modò aliunde habeat bona, ex quibus possit pensionem solvere.

Unde melius ad propositam dubitatio- 148

bitationem respondent Joannes Medina, *C. de rebus per usuram acquisitis, q. 11. vers. hac tamen*, & Less. *lib. 2 cap. 22. dubit. 4. n. 21.* ut quis Censum personalem instituere possit, debere esse talem personam, quæ, vel sua opera, & industria parare possit, unde pēsionem solvat, vel habeat bona, quæ ad illam solvendam sufficiant. Imò addit bene idem Less. satis esse, quod habeat ea bona in spe: quocumque enim ex his modis persona sit potens ad solvendum, obligari potest ex justitia ad pensionem re ipsa præstandam, quod ad Censum Personalem fundandum satis est.

Quandiù duret Census Personalis?

§. III.

SUMMARIUM.

Prima sententia Censum Personalem indefinite constitutum solùm durare quandiù vivit persona, super qua constitutus est. num. 149.

Secunda sententia, obligationem Census Personalis transire ad hæredes constituentis. num. 150.

Qua ratione obligatio solvendi pensiones ex dicto Censu transeat ad hæredes. num. 151.

Explicantur, & concordantur duæ priores sententiæ. n. 152.

Explicatur in quo sensu sit verum, quod, pereunte re Censui subjecta, pereat Census. num. 153.

Pactum, quo Census personalis constituitur, non habet rationem mutui. ibidem.

Si debitor Census Personalis relinquat plures hæredes, an quilibet eorum teneatur in solidum pensionem solvere? num. 154.

Quid quando Census est realis? ibid.

Et quid si unus ex hæredibus suam partem redimat? ibidem.

149 Dubitatur tertiò, quandiù Census Personalis duret? Loquor de Censu indefinitè constituto: nam si constituatur Pro certo aliquo annorum numero, aut pro tempore, quo vixerit persona, quæ illū emit, aut vendit; certum est non durare post tale tempus transactum: posito ergo quòd indefinitè constitutus sit, sentiunt aliqui solùm durare quandiù vivit persona, in qua est constitutus. Ita Azor *part. 3. lib. 10. cap. 5. q. 1. vers. secundo oppones*, & Reginaldus *lib. 25. n. 419.* idemque videtur tenere Valentia, *tomo 3. disp. 5. q. 22. puncto 4.* dum asserit non posse ex persona vendi Censum perpetuum, sicut nec ex animalibus, aut alijs rebus mobilibus, quæ tandem diuturnitate temporis consumuntur. Probant, quia juxta naturam contractus censualis pereunte re Censui subjecta, ipse quoque Census perit: est enim ejusmodi contractus quædam peculiaris emptio: pereunte autem re, ex qua aliquid emptum est, damnum est emptoris, ita ut nihil deinceps illi debeatur ex vi emptionis præteritæ. Alioqui contractus, quo talis Census pro pecunia constitueretur, esset mutuum, cujus est proprium, ut non extinguatur ejus obligatio, quacumque re perempta; unde sequeretur, non posse ratione illius percipi ullam pensinem, absque vitio usuræ, nisi in sortem computetur.

150 Alij verò docent, Censum personalem, obligationemvè, quæ à constituente talem Censum contrahitur, ad annuam pensionem solvendam, transire ad hæredes ipsius cōstituentis, juxta vires hæreditatis, quæ ad ipsos pervenit, atque adeò non extingui eum Censum, mortuo constituente. Ita sentiunt Covarruvias *3. variarum cap. 7. n. 6. vers. hinc etiam, & vers. quod item*, Solís *lib. 3. de Censibus, cap. 4. n. 5.* Molina *disp. 387. n. 1. post medium, & n. 2, vers. hinc Sotus*, ubi arguit Sotum incohæren-

cohærentiæ, quòd cùm tueatur, quando constituitur Census super re aliqua, principaliter obligat personam constituentem ad pensionem solvendam, rem verò, super qua Census constituitur habere tantùm rationem cujusdam hypothecæ, tamen neget illam obligationem ad hæredes constituentis transire. Less. *lib. 2. cap. 22. n. 17. & 18. vers. nec obstat*, Salas *tract. de Censibus dub. 3. sub n. 2. vers. quia verò*, & alij. Fundamentum est, quia obligatio resultans ex contractu transit ad hæredes contrahentis, ut apud omnes est indubitatum; obligatio autem, quæ constituens Censum Personalem, tenetur pensionem solvere, oritur ex contractu: ergo ad hæredes transit.

151 Dices, illam obligationem transitoriam ad hæredes non oriri ex contractu censuali; cùm hic sit venditio juris ad pensiones exigendas, quod statim traditur, & acquiritur emptori: obligatio autem resultans ex contractu venditionis solùm est ad tradendam rem venditam, qua tradita, ad nihil amplius tenetur venditor, neque ejus hæredes ex vi contractus: nam quamvis, tradito illo jure, venditor tenetur pensiones solvere, id provenit immediatè ex ipso jure emptori acquisito, cui in venditore respondet obligatio justitiæ solvendi pensiones, non autem ex contractu, quo tale jus venditum est. Ad hoc tamen respondetur facilè, quamvis hoc jus, & obligatio ei correspondens, non resultet immediatè ex contractu venditionis, quo ipsum jus venditur, ut argumentū probat, tamen procedere ex alio contractu, seu pacto eam venditionem consequente, quo venditor se immediate obligat ex justitia ad pensiones solvendas. Ex hoc enim pacto, sive tacito, sive expresso, emptor acquirit jus, quod emerat ad exigendas pensiones, & venditor contrahit obligationem justitiæ ad eas solvendas: & quando hoc pactum fit, tunc venditio Census impletur, quia per hoc pactum traditur emptori res empta, id est, jus ad pensionem annuam, in quo ratio Census consistit.

Hæ sententiæ, quanvis inter se videantur repugnantes, tamen facilè possunt in concordiam reduci, si nimirùm dicamus, primam procedere de Censu constituto in persona, quemadmodùm in prædio, aut simili re frugifera, quatenùs scilicet proprijs viribus, labore, & industria potest acquirere unde solvat: ita ut tantummodò se obligaverit respectu suarum operarum, & laborum, promittendo ex illis annuam pensionem, sive se obligaverit realiter ad instar servi, sive tantùm personaliter, seu ut civis, queadmodū qui suas operas locat; quæ proculdubio est mens Authorum illius sententiæ, quam in hoc sensu expresse approbat Layman. *tract. 4. cap. 18. §. neque dici potest*. Secundam verò procedere de Censu constituto simpliciter, & absolutè super persona, quæ se obligaverit ad solvendam pensioné, undecunque eam possit solvere; in quo sensu loquuntur Authores pro secunda sententia relati. Sic enim explicatæ, & intellectæ ambæ sententiæ sunt veræ: de prima patet, quia ad hæredes non transit obligatio, quæ solùm est respectu rei, quæ ad ipsos non pervenit, seu quæ tantùm est respectu rei, quæ cum persona defuncti extinguitur. De secunda constat similiter, quòd sit vera, tum ex fundamento pro illa adducto, tum etiam, quia obligatio personalis ad aliquid præstandum, quam quis habet, quatenùs est dominus, & administrator bonorum, ex quibus præstationem debet, transit ad ejus hæredes, nā esse hæredem essentialiter importat recipere bona defuncti representando ejus personam, quoad omnem illius obligationem, quantum ad talium bonorum administrationem, ut bene tradit Sanch. *tomo 1. in Decalog. lib. 4. c. 15. n. 28.* ubi ex hoc principio infert teneri 152

teneri hæredem implere vota realia defuncti, etiam si defunctus expressè dixerit, nolle hæredem ad illa teneri. In specie autem secundæ sententiæ, ut proximè explicata est, obligatur persona censuarij ad præstandam pensioné annuam, quatenùs habet dominium, & administrationem suorum bonorũ, siquidem se obligavit respectu cujuscumque rei, ex qua solvere possit: ergo cùm ejus bonis transit illa obligatio ad hæredes.

153 Neque contra hanc resolutionem urget fundamentum pro prima sententia adductum. Respondetur enim illud principium, *pereunte re Censui subjecta, perit Census*, solùm procedere de Censu reali constituto super certa re, vel etiam de personali respectu rei, quæ simul cum persona intereat; quod si etiam extendatur ad Censum personalem respectu cujuscumque rei, unde pensio solvi possit, intelligendum esse, ut pereat Census, quando tam physicè, quàm moraliter, & representativè perit persona, super qua est constitutus; in specie autem secundæ sententiæ non perit persona censita representativè, cùm hæredes, ad quos bona illius transeunt, eam representent quoad omnem obligationem, qua tenebatur aliquid ex suis bonis præstare. Neque inde sequitur, pactum, quo talis Census constituitur, habere rationem mutui; tum quia ex vi talis pacti, pereunte omninò etiam representativè persona censita, extinguitur per se Census: mutuum verò nunquam per se extinguitur, quacunque re, aut persona pereunte, sed tantùm extinguetur per accidens, quod nulla sint bona, ex quibus solvatur. Tum etiam, quia ad rationem mutui necessariò requiritur, ut mutuans possit repetere suum capitale: qui autem dat pecuniam pro Censu personali, intendendo illud emere, non potest eam repetere ex vi talis pacti, sed tantùm pensionem annuam. Tum denique, quia qui dat mutuò, non intendit emere aliquod jus, sed tantùm celebrare contractum, ex quo sibi reddatur res ejusdem speciei, & valoris: qui autem dat pretium pro Censu personali, intendit emere jus ad annuam pensionem, illudque verè emit, cùm sit aliquid pretio æstimabile, & vendibile.

Jam verò occurrente casu, in quo juxta doctrinam traditam, debitor Cẽsus Personalis plures relinquat hæredes, in quos debitum, & obligatio talis Census transeat, inquires meritò, an quilibet eorum teneatur ad pensionem in solidum, sicut supra diximus de possessoribus, in quos res subjecta Censui reali dividitur, vel solùm pro parte, juxta portionem bonorum, seu hæreditatis, quæ ad ipsum pervenit? Respondetur, solùm teneri, & conveniri posse pro parte, juxta portionem hæreditariam, in quam succedit. Est enim hoc generale in omnibus debitis personalibus à defuncto relictis, ut si plures sint hæredes, nullus eorum teneatur ad illa in solidum, sed tantũ pro rata hæreditatis ad ipsum pervenientis; nisi quando res debita possidetur ab uno, vel obligatio est individua. *L. pro hæreditarijs, C. de hæreditarijs actionibus, & l. in executione 85. in principio, vers. secunda, ff. de verborum obligat.* ubi communiter Doctores & tradit bene Sanches *tom. 1. in Decalog. lib. 4. cap. 15. n. 42. & 43.* & Solis *lib. 4. de Censibus, cap. unico, n. 10.* Unde cùm obligatio Census Personalis dividua sit, utpotè de solvenda aliqua certa quantitate divisibili, ut pecuniæ, frumenti, olei, &c. consequens est, solùm pro rata parte hæreditatis ad singulos hæredes transire: secus est in obligatione reali: ex hac enim datur actio indivisibiliter, & in solidum adversus quemlibet hæredum, ad quos pervenit res obligata, ut bene Solis proximè citatus, cum Bartholo, Baldo, & cæteris in *l. 3. C. de negotijs gestis, & l. rem hæreditariam. 65. in princip. ff. de evict.* 154

Unde

Unde quando res Censui, & obligationi reali subjecta ad plures hæredes, aut possessores pervenit mirum non est, quod singuli pro tota pensione, ac debito conveniri possint. Ex quo discrimine allud notabile advertes cum Solís *loco cit.* nimirùm, licet unus ex hæredibus, in quos res censita divisa est, suam partem redimat, adhuc conveniri posse pro pensione, quæ ex reliquis partibus debetur, quanvis contra cohæredes, qui non solverunt, ei succurri debeat, quod planè constat ex *dicta l. rem hæreditariam, in principio*, ubi Glossa id optimè declarat: in Censu autem personali manet omninò liber, qui suam partem redimit, quia solùm pro illa tenebatur.

Vtrùm quilibet Census Personalis possit emi minori pretio, quàm sint omnes pensiones speratæ?

§. IV.

SUMMARIUM.

Census Personalis varie quoad tempus distinguitur. n. 155.

Quomodò Census, & qualibet res vendibilis, considerari possit, ut ejus pretium augeatur, vel minuatur? ibidem.

Census Personalis perpetuus, seu indefinitus, emi potest minori pretio, quam sint omnes pensiones speratæ. n. 156. & seq.

Census Personalis temporalis temporis incerti, seu vitalitius, potest emi pretio minori omnibus pensionibus, quæ talis temporis decursu percipi possunt. num. 158.

Vt justum pretium Census vitalitij constituatur, debet comparari cum pensionibus, quæ ut plurimum percipi, & sperari possunt. n. 159.

Proponitur, & suadetur sententia negans Censum Personalem ad certum tempus posse emi minori pretio, quàm sit omnium pensionum collectio. num. 160. & seq.

Proponitur, & præfertur sententia concedens posse illum Censum emi pretio minori. num. 162. & seqq.

Conradus, Lessius, & alij sentiunt plus valere pecuniam præsentem, quam absentem ejusdem quantitatis. num. 164.

Id tamen impugnatur. n. 164. & seqq.

Cur pecunia præsens non plus valeat, quam absens? num. 167.

Assignatur legitima ratio, ob quam Census Personalis ad tempus certum, potest emi pretio minori, quam sit tota collectio pensionum. Et quando non poterit talis Census emi minori pretio? num. 169.

Respondetur ad fundamenta contraria sententiæ principalis. num. 170

Dubitatur quartò, utrùm quilibet Census Personalis possit emi minori pretio, quam sint omnes pensiones speratæ? Ad calcem præcedentis sectionis generale quoddam pronunciatum hac de re statuimus, exacta pro quovis Censu explicatione in hunc locum reservata, quā respondendo ad propositam dubitationem trademus.

Principio igitur claritatis ergo distinguendum est inter Censum Personalem perpetuum, & temporalem: 155
deinde inter temporalem incerti temporis, ut ad vitam alicujus hominis, & temporalem temporis certi, ac determinati, ut verbi causa, ad viginti annos. Præterea notandum pretium cujuscumque rei comparari posse, vel cum ipsa re spectata tantum secundū se, & secundùm ea, quæ ipsi intrinsecè, aut quasi intrinsecè insunt: vel cum eadem re, spectatis simul particularibus circunstantijs, periculis, & incommodis extrinsecis, cum quibus emitur, ut spectatis lucris cessantibus,

tibus, vel damnis emergentibus, si qua emptori sequantur, aut timeantur ex illius emptione, vel spectatis molestijs, & difficultatibus, sine quibus emptor credit, aut meritò timet, quod rem emptam obtinere non poterit, considerata qualitate, & conditione venditoris, vel etiam spectato periculo, si quod sit quod venditor nollet, aut non poterit rem tradere. Notandum tandem, præsentem dubitationem non procedere de Censibus spectatis hoc secundo modo: certum est enim pretium cujusque rei minui posse ratione talium circunstantiarum, & incommodorum, detrahendo de justo pretio rei secundùm se consideratæ, quanti illa incõmoda prudenti arbitrio æstimantur, ut si res secundum se valeat centum, & illa incommoda æstimentur viginti, possit res emi octoginta, dummodò tamen emptio fiat in gratiam venditoris, eique significetur propter ejusmodi causas illi dari minùs pretium, quam res alioqui valet, ut explicuimus *tract. de emptione, & venditione, disp. 5. sect. 3. in principio*, alijsque in locis, & tradunt communiter Doctores. Unde quicumque Cēsus vendatur, nõ dubium, quin si emptor aliquod ex hujusmodi incommodis, aut periculis subeat, illum possit emere minori pretio, quàm sit tota collectio pensionum, quæ sperantur tanto saltem minùs dando, quanti illa incommoda æstimantur.

156 Tota igitur dubitatio est circa Census Personales priori modo spectatos, id est, secundùm id, quod ipsis intrinsecè, aut quasi intrinsecè inest, à quibuscumque personis, & in quibuscumque circunstantijs vendantur, & emantur. Qua in re prima conclusio sit. Census Personalis perpetuus, seu indefinitus, emi potest minori pretio, quam sint omnes pensiones speratæ. Ita Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis, quæst. 12. ad secundum*, loquens de Censu prout abstrahit à reali, & personali: idem necessariò supponunt quicumque admittunt posse emi Censum Personalem perpetuum, siquidem ex illo sperantur pensiones in infinitum, & tamen non nisi certo pretio finito emi potest: expressè autem propositam conclusionem tradit Less. *lib. 2. cap. 22. dubitat. 5. n. 37.* & Salas referens alios, *tract. de Censibus, dubit. 3. num. 7.* Et probatur facilè, quia eô quælibet res minùs valet, quô minor, & minùs certa utilitas ex ea speratur, ut est per se notum, multò autem minor, ac minùs certa utilitas speratur ex Censu personali perpetuo, verbi gratia, centum aureorum in singulos annos, quam caperetur ex præsenti pecunia æquali toti collectioni talium pensionum in perpetuum, cùm pecunia præsens sit certa, & habeatur in manu, vel in arca, ut in quosuis usus, & commoditates inservire possit: pensiones autem illius Census, quæ in tam longo annorum decursu sperantur ex ipsa quasi intrinseca rerum humanarum conditione sunt valde incertæ, & innumeris periculis obnoxiæ, pendent enim à causis liberis infinitis propemodùm casibus, & varietatibus subiectis, in quibus nihil magis est certum, & constans quam, quod nihil certitudinis, & constantiæ habeant: ergo Census perpetuus, cuius tota utilitas in talibus pensionibus consistit, multò minus valet, quàm præsens pecunia toti earum collectioni æqualis, & perconsequens multò minor quantitas pecuniæ præsentis justum illius est pretium.

Confirmatur primò, quia non est minùs securus, minusvè certæ utilitatis Census realis perpetuus constitutus super aliquo fundo valde fertili, & securo, quâm quilibet Census personalis perpetuus, imò regulariter Census reales securiores, & utiliores videntur, quam personales: & tamen talis Census realis æstimatur, 157

&

& emitur minori pretio, quàm sint omnes pensiones ex illo speratæ, ut ex communi sententia tradidimus, *sect.* 2. ergo Census etiam personalis, perpetuus minori pretio emi potest. Secundò, quia si vir valde opulentus sibi, ac hæredibus suis imponeret onus solvendi annuam pensionem in perpetuum, illudque venale exponeret, nemo tantum offerret, nec tanti illud æstimaret, quanti omnes pensiones, si præsentes essent, sed longe minoris, ut facilè quis intelliget, si ex se ad alios faciat conjecturam: ergo cum pretia rerum à communi hominum æstimatione pendeant, fatendum est pretium talis Census Personalis esse longè minus omnibus pensionibus speratis. Tertiò facit non leviter pro hac sententia, quod emens Censum perpetuum non potest integrè potiri illius utilitate, cùm maior pensionum pars ad ejus successores spectare debeat: res autem quibus homines integrè potiri nequeunt, minoris, cæteris paribus, æstimantur, quam quibus ad plenum frui possunt.

158 Secunda conclusio. Census Personalis temporalis temporis incerti, seu vitalitius, ut ad vitam alicujus, licitè potest emi pretio minori omnibus pensionibus, quæ talis temporis decursu percipi possunt. Ita communiter Doctores, Gabriel *in* 4. *distinctione* 15. *articulo* 3. *dub.* 2. *in solutione argumentorum.* Maior *ibidem q.* 34. *conclusione* 2. Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis. quæst.* 14. ubi licet expressius loquatur de vitalitio reali, idem tamen intelligit de personali, Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 6. *num.* 4. Filiucius *tomo.* 2. *tract.* 35. *parte* 2. *cap.* 1. *num.* 164. Layman. *tract.* 4. *cap.* 14. *num.* 7. *confirmatione* 1. Salas *tract. de Censibus*, *dub.* 5. & alij, cum quibus numerari etiam potest Rebel. 2. *parte*, *lib.* 10. *quæstion.* 3. *num.* 12. ubi licet neget posse propriè emi ullum censum Personalem, tamen fatetur, non fore injustum contractum, quo quis cum æquali probabilitate lucri, vel damni, quoad utrunque contrahentem, certam pecuniæ summam pro vitalitio personali daret, & cum eâdem fermè cautela emptionem hujus vitalitij approbat Molina, *tomo* 2. *disp.* 388. *numero.* 4. nec credo aliquis ejusmodi contractum sic intellectum reprobabit, quod nobis ad veritatem traditæ conclusionis sufficit. Probatur ergo conclusio, quia si ponamus emi à te Censum Personalem, verbi causa, decem aureorum in singulos annos vitæ tuæ, justum pretium talis Census est longè minus, quam tota collectio pensionum, quæ tot annis respondent, & à te sperari possunt. siquidem hæ tam sunt incertæ, quàm incertum est te victurum adhuc quadraginta annos, jus autem ad pensiones tam incertas, in quo talis Census consistit, multò minus æstimatur, quàm tota collectio earundem pensionum, si essent certæ, & præsentes, atque adeò justum, & æquale pretium illius, necessariò est minus, quam totæ illæ pensiones simul sumptæ.

Advertè autem, ut justè constituatur minus pretium hujus Census, 159
quam sint omnes pensiones speratæ, debere fieri comparationem cum omnibus pensionibus, quæ ut plurimum percipi, & sperari possunt ab emptore: nam si comparetur cum ijs, quæ ad minimum sperari possunt, maius pretium constitui debet, saltem regulariter, quia alioqui deterior esset conditio venditoris, qui solùm recipiet pretium ad rationem pensionum paucorum annorum, quos ad minimum victurus creditur emptor, ad cujus vitam Census est constitutus, cùm probabilius sit eum multò plures annos victurũ esse, ac multò plures pensiones percepturum.

Maior difficultas est, circa Censum Personalem ad certum tempus: 160

de quo duæ sunt extremæ sententiæ æquè ferè probabiles. Prima negat, posse talem Censum emi minori pretio, quàm sit omnium pensionum collectio. Hanc tenent Joannes Medina *C. de rebus per usuram acquisitis. q.* 13. Sotus *lib.* 6. *de justitia, quæst.* 5. *articulo* 2. *in fine*, Molina *disp.* 386. *num* 4. Rebel. *parte* 2. *lib.* 10. *quæst.* 3. *n.* 13. Tolet. *lib.* 5. *summæ, cap.* 49. Ludov. Lop. 1. *instructor. negotiant. cap.* 56. Garcia 2. *parte de contract. cap.* 5. Summa Corona *tit. de usura, pag.* 290. *ante Bullam Nicolai V.* Sarmiento. 7. *select. cap.* 1. *numer.* 31. *& seqq.* Vega *verbo, Census, casu* 11. Angles *de Censibus art.* 4. *dub.* 1. & alij, quos citavimus *sect.* 3. pro simili sententia de Censu reali ad certum tempus constituto. Fundamentum est primò, quia seclusis particularibus incommodis, & periculis extrinsecis lucri cessantis, damni emergentis, & cæt. non minus valet jus personale ad rem aliquam postea recipiendam, quam ipsa res tempore, quo tradetur. Hac enim ratione, *tract. de emption. & vendit. disp.* 3. *sect.* 8. magis probavimus eorum sententiam, qui docent, debita certa, & certo moraliter solvenda, non posse emi minori pretio anticipato, quàm sit tota summa, quæ debetur: ergo cùm Census Personalis ad certum tempus nihil sit aliud, quàm jus personale ad recipiendum postea certum numerum pensionum, consequens est, ut si tales pensiones certo, & sine incommodis percipiendæ sperantur, non possit talis Census emi minori pretio, quàm sit tota collectio talium pensionum.

161 Secundò, quia nemo non damnabit tamquàm injustum, & usurarium pactum, quo ego tibi darem, verbi causa, decem millia aureorum, ut post decem annos mihi redderes totidem, & aliquid ampliùs: ejusmodi autem injustitia non aliunde provenit, nisi quia decem millia præsentia non plus valent, quam jus ad alia decem millia post decem annos, solvenda. Hinc autem consequitur, ut si à te emam Censum mille aureorum ad decem annos, quos certò moraliter solves, absque ullo meo incommodo, non possim citra injustitiam, & vitium usuræ, minus pretium pro tali Censu dare, quam decem millia aureorum, quæ æquant omnes pensiones speratas. Tertiò, quia emens aliquid pecunia anticipata non potest citra usuram minus pretium dare ob præcisam rationem anticipatæ solutionis, ut omnes fatentur; est enim illa anticipatio quoddam virtuale mutuum, ratione cujus nihil ultra sortem recipi potest: quando autem emitur Census Personalis ad certum tempus absque prædictis incommodis, & cum morali certitudine, quòd pensiones integrè, & opportune solventur, tota ratio dandi minus pretium quam sint omnes pensiones simul, est, quia anticipato emuntur: ergo talis emptio est injusta, & usuraria.

Tertia tamen conclusio sit, quanvis sententia proximè tradita sit admodùm probabilis, & in praxi tanquàm multò securior consulenda, tamen in rigore scholastico veriùs videtur licitè posse emi dictum Censum Personalem minori pretio, quàm sint omnes pensiones speratæ, etiam seclusis prædictis incommodis, & periculis extrinsecis. Ita sentit Conradus *de contractibus, quæstione* 80. *conclusione* 4. Covarruvias *libr,* 3. *variarum, cap.* 7. *numer.* 4. Valentia *tomo* 3. *disp.* 5. *quæst.* 22. *puncto* 5. Lessius *lib.* 2. *cap.* 22. *dubitat.* 6. *num.* 46. Filiucius *tomo* 2. *tract.* 35. *parte* 2. *num.* 262. Salas *tract. de Censibus, dubit.* 4. *num.* 4. *juncto numero* 2. ubi plures citat, & Solís *lib.* 1. *de Censibus, cap.* 7. *n.* 18. *in responsione ad tertium*, ubi plures alios in utramque partem refert, citari etiam pro hac parte potest Joan. Medina *dicta quæst.* 13. *ad tertium*, ubi asserit duo: primum, si Census Personalis consti- 162

constitutus sit ad certum tempus pro pensione indeterminata, ut certa quota, vel, si pensio sit fructuaria, opus non esset, ut pretium sit æquale toti summæ actu percipiendæ, sed satis esse, quod sit æquale summæ, quæ verosimiliter percipietur, ut æqualitas debita, si non actualiter, saltem rationabiliter præsumpta, servetur. Secundum etiam si talis Census sit ad determinatam pensionem pecuniariam, posse in rigore scholastico defendi, quod emi posset minori pretio, quàm sit tota summa percipienda, si alicubi talis esset cõsuetudo, & communiter approbata.

163 Proposita verò conclusio suadetur primò, quia alioqui plùs valeret, cæteris paribus, Census Personalis certi temporis, verbi causa, ad quinquaginta annos, quam perpetuus; nam justum pretium Census perpetui personalis, & irredimibilis juxta communem sententiam, & æstimationem, est ad rationem triginta pro uno: pretium autem Censûs temporalis ad quinquaginta annos, juxta sententiam, quam impugnamus esset ad rationem quinquaginta pro uno, quod est manifestum absurdum. Nec satisfaciunt qui dicunt, propterea sic æstimari Censum perpetuum, quia in tam longo tempore subjacet pluribus periculis, & redduntur valdè incertæ pensiones; id autem non ita evenire in Censu temporali. Nam respondeo, eâdem cum proportione esse pericula, & incertitudinem in Censu temporali, atque in perpetuo; cùm uterque æqualiter pendeat à causis mutabilibus, & fortunæ casibus obnoxijs, solumque pro ratione maioris, aut minoris diuturnitatis pluribus, aut paucioribus periculis subjaceat: ex quo fit utrumque cum proportione debere minoris æstimari, quam tota collectio pensionum, si præsens haberetur. Et hinc suadetur conclusio secundò, quia eò, cæteris paribus, quælibet res minùs valet, quò ejus utilitas, & proventus est minus certus, & securus; sed utilitas, & proventus pensionum Census Personalis pro certo annorum numero constituti, est minus certus, & securus, quam par summa pecuniæ præsentis, quæ in manu habetur: ergo emi potest minori summa præsentis pecuniæ, quam sit tota summa pensionum, quæ sperantur.

Tertiò inde Conradus, Less. & alij, hanc sententiam probant, quia pecunia præsens plus valet, quam pecunia absens cum illa statim possit esse usui, & utilitati, hæc verò minime: ergo non tanti debent æstimari omnes pensiones speratæ ex Censu Personali certi temporis, cùm sint absentes, quanti par summa pecuniæ præsentis: atque adeò minori pretio præsenti emi potest jus ad illas, quàm sit tota earum collectio. 164

Hoc tamen fundamentum non immeritò reprobatur à Valentia *dicto puncto 5. vers. in hoc tamen*, latissimam enim parat viam ad usuras, quas procul dubio efficit licitas, sub specioso nomine Censûs; nam si plus valent centum aurei præsentes, quam totidem post annum solvendi, licitum erit eos mutuanti, aliquid ultra illos, transacto anno recipere, cùm sit manifesta usura: quod est absurdum. Nec satisfacit, quod Lessius *sup. dubitat. 4. num. 32.* ad hanc difficultatem respondet, dicens esse diversam rationem in mutuante: hunc enim non intendere aliquod jus emere, sed tantùm celebrare contractum mutui, ex cujus vi solùm potest exigi res ejusdem speciei, & valoris, nec habetur ratio distantiæ temporis, si nullum inde fit periculum, vel incommodum: at verò qui dat pecuniam prò Censu, habere intentionem emendi jus ad pensiones postea solvendas, æstimationem autem rei, quæ tamquàm merx contractui emptionis, & venditionis subjicitur, vendere ex varijs circunstantijs, quæ communiter 165

niter adsunt, cujusmodi in præsenti sunt pericula, & defficultates, cum quibus ferè semper illud jus est conjuctum, & carere interim pecunia in pretium illius data, qua magnum aliquod lucrum parari posset; & quanvis contingat aliquas ejusmodi circunstãtias, respectu hujus, vel illius contrahentis abesse, non ideò mutari pretium lege, aut communi æstimatione impositum; tanti quippe referre, quomodò quis contrahat, unam enim, candemque rem secundùm variam contractus differentiam æstimationem recipere, quo pacto, inquit, si mutues operario triginta oureos, ea lege, ut justo pretio pro te laboret, erit usura, ut plerique Doctores asserunt: si verò eadem pecunia anticipata conducas ipsius operas, non erit: & tamen idem consequeris, licèt non plus pecuniæ exponas. Item, si mutues mille aureos accepto agro in pignus non potes fructus percipere, nisi velis eos in sortem computare: si autem eâdem pecunia agrum emas, cum pacto retrovendendi, potes omnes fructus percipere, & postea totum pretium repetere.

Hoc, inquam, non satisfacit, illa enim diversa ratio tantùm probat non esse usurarium, qui pro jure ad pensiones certi temporis dat minoré quantitatem pecuniæ, quam sit tota latitudo pensionum, intendendo verè illud jus emere, & non celebrare contractũ mutui; siquidem ubi mutuum non est, ratio usuræ intervenire non potest: nõ autem probat, non esse injustum, qui, secluso quovis periculo, & incõmodo, habita tantùm ratione ad distantiam temporis, quo pensiones percepturus est, emit jus ad illas minori pretio, quã sit tota earum summa: nam si illa temporis distantia non est sufficiens ratio in mutuo, ut censeatur minus valere pecunia postea solvenda, quàm pecunia præsens ejusdem quantitatis, quæ mutuatario datur, sufficiens etiam non est, ut in emptione Census minùs valere censeantur pensiones postea percipiendæ, quam pretium illis omnibus æquale; quod enim hic, aut ille cõtractus celebretur, non facit rem esse maioris, aut minoris valoris; nam valor rei non pendet à contractu, sed potiùs ad illum supponitur, & ante ejus celebrationem consideratur, ut justè, & prudenter celebrari possit.

Neque exempla adducta oppositum convincunt. Ad primum enim respondetur, mutuantem operario cum onere, ut ipsi potiùs laboret, aliquid ampliùs consequi, quàm si tantum illius operas conduceret: nam per tale mutuum obligaret operarium ad sibi tantumdem in eadem specie reddendum, & insuper ad sibi pro justa mercede laborandum: conducendo autem illius operas, tantummodò illum obligat ad sibi operandum. Secundum etiam non valet, neque est simile. Nam quod lucretur fructus agri, qui illum emit mille aureis, non verò, qui illum in pignus accepit pro debito mille aureorum, non provenit ex eo quòd illi aurei plus valeant in uno, quàm in alio contractu, sed ex eo, quod per contractum emptionis ager fiat emptoris, ac proinde illi debeat fructificare; pignus autem non fiat creditoris, sed tantummodò illi obligetur pro debito mille aureorum. Deinde est etiam alia ratio, quia per contractum emptionis transit periculum agri in emptorem, & ideò justè quoque ad illum debet pertinere commodum, & fructus: at verò periculum rei datæ in pignus non pertinet ad creditorem, sed ad debitorem: unde ob hanc etiam causam huic potiùs, quàm illi fructificare debet. 166

Adhuc tamen desiderabis propriam rationem, cur pecunia præsens non plus valeat quam absens postea solvẽda, cùm interim dum absens est, usui, & utilitati esse non possit, præsens verò maximè? Assignat illam Valentia *tomo 3. disp. 5. quæst. 20. puncto 2. vers. quar-* 167

quarto, quia utilitas pecuniæ præsentis non debet comparari cum utilitate pecuniæ absentis, pro tempore, quo una est præsens, & altera absens: nam quando res est absens, nullam utilitatẽ habet, sed debent comparari utilitates utriusque in proprio tempore, quãdo unaquæque præsens est, & sic illas comparando, tam utilis, cæteris paribus, est pecunia præsens, quàm absens; nam tantùm valebit unus aureus anno venturo, quantùm hoc anno valet; neque enim quod hoc anno careas aureo, quem sequenti anno habebis, illius valorem minuit, quemadmodùm è contra, non minuit valorem aurei, quem modò possides, & statim distracturus es, quod anno sequenti illum non habebis; alioqui jam principium, quod impugnamus, contrarium etiam probaret, nimirùm, plus valere pecuniam absentem, quam postea percipies, quam præsentem, quam statim consumpturus es, cùm hæc postea futura sit absens, illa verò præsens.

168 Si dicas esse disparem rationem, quia præsenti pecunia possum uti hoc, & sequenti anno, absenti verò non possum hoc anno uti. Instat contra idem Valentia, quia etiam pecunia, quæ hoc anno est absens, possum similiter uti anno venturo, & sequenti, & sic par utriusque est utilitas, si secludamus omnem aliam peculiarem circunstantiam anni præsentis, ob quam per præsentẽ pecuniam aliquod lucrum sum consecuturus, vel damnum vitaturus, quod est quid extrinsecum, & per accidens, quod hîc non consideramus, nec auget, vel minuit valorem pecuniæ secundùm se. Adde quod pecunia est usu consumptibilis, & non potest quis illa uti hoc anno, & sequenti conjunctim, sed hoc, vel sequenti anno, & sic etiam cessat disparitas rationis, quæ assignabatur.

169 Itaque legitima causa, & ratio, qua justificatur emptio Census personalis ad certum tempus, contracta minori pretio, quàm sit tota summa pensionum, non est absentia, aut distantia pensionum, sed probabile periculum, cui quasi ab intrinseco subjiciuntur, quod, vel non integrè, vel non sine labore, & expensis percipientur. Unde meritò Valentia *dicta disp. 5. tom. 3. q. 22. punct. 5. vers. sequitur 2.* traditam conclusionem limitat, ut non procedat de Censu temporali ad breve tempus, ut verbi gratia, ad annum, in cujus singulis mensibus pensio solvatur, si nulla ex parte appareat tunc subesse periculum morale pensionum; quia in hoc casu procedunt rationes, ex quibus *disp. 5. sect. 8. de empt. & vendit.* magis probavimus non posse debitum certum, & certo moraliter solvendum emi pretio minori, quam sit tota summa debita: sed procedat tantùm de Censu constituto ad plures annos, in quibus ex temporis longinquitate dictum periculum emineat, ut quando Census constitueretur ad decennium, aut ultra, quemadmodùm idem author explicat *dicto puncto 5. §. in hoc tamen.*

Unde ad primum fundamentum contrariæ sententiæ principalis respõdetur, admittendo non minùs valere jus personale ad rem aliquam postea percipiendam, quam ipsam rem tempore, quo actu tradetur, si certò moraliter recipienda sit integrè opportunè, & sine molestijs, & expensis: cæterùm hanc certitudinem non dari in Censu Personali ad longum tempus constituto, cùm semper sit morale periculum, quod in ea temporis distãtia pensiones debitæ non solventur integrè, & sine difficultatibus, ubi tempus solutionis advenerit, quod periculum est suo modo intrinsecum, & earum valorem minuit. Ad secundum respondetur, negando maiorem, si habeatur ratio periculi, quasi intrinseci, cui dans eam pecuniam se exponit, ne fortè post tot annos eam integrè, aut sine molestijs, & expensis non recipiat. In 170

foro autem externo, non dubito, quin talis creditor præsumendus sit usurarius, cum credendo pecuniam illo modo ad eam recipiendam cum auctario, videatur eam dare ad usuram lucrativam, non habita ratione dicti periculi. Ad tertium denique respondetur quando aliquis verè intendit emere Censum non habere locum illam anticipationem solutionis pretij, atque adeò, nec ratione mutui, & usuræ, quam arguens considerat, quia in tali emptione statim traditur res empta, nempe jus ad pensiones percipiendas, in quo Census consistit: unde emptor statim transacta emptione, dicitur habere Censum. Deinde verò addimus, esto quis intenderet emere immediatè ipsas pensiones pretio anticipato, adhuc non fore injustum, neque usurarium, dando minus pretium, quã sit tota earum collectio, etiam seclusis quibusvis incommodis, & periculis extrinsecis, quæ ex particularibus circunstantijs imminerent, quia adhuc justam causam pretium ita minuendi præberet intrinsecum periculum, & incertitudo pensionum, quarum solutio per distincta plurium annorum intervalla recipienda omninò certa, & secura esse non potest.

Quodnam censendum sit justum pretium Census Personalis?

§ V.

SUMMARIUM.

Censum realem potiorem esse personali, aliqui Doctores sentiunt. n. 171.

Quid author sentiat? ibidem.

Quodnam censeatur justum pretium Census Personalis perpetui, & irredimibilis? num. 172.

Si autem dictus Census sit redimibilis ex parte venditoris minus valet, & quodnam censeatur justum ejus pretium? ibid. & num. 173.

Dubitatur quintò, & ultimò, quodnam censendum sit justum pretium Censûs Personalis? Licèt enim proximè ostenderimus, licitum esse emi Census Personales, secundùm rei naturam, minori pretio, quàm sint omnes pensiones speratæ; adhuc tamen specialis est difficultas, quantò minus esse possit? Seu in qua proportione cum ipsis pensionibus justum censeatur? In qua difficultate idẽ videtur dicendum, quod *sect.* 2. *&* 3. de pretio Censûs realis dictum est: cum Census Personales, etiam cum hypotheca, non sint meliores, neque securiores, saltem regulariter, quam reales, ut notat Lessius *lib.* 2. *cap.* 22. *dub.* 14. *n.* 104. imo potiores esse Census reales sentit Covar. 3. *variarum, cap.* 7. *sub n.* 6. *vers. quod item diximus*, & Laym. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 18. *n.* 13. hoc fundamento, quia obligatio solvendi pensionem Census realis transit per se, ac directè in quemvis possessorem rei, super qua talis Census est constitutus; qui proinde statim actione confessoria conveniri potest: at verò obligatio Censûs personalis hypotheca subnixi non præbet actionem adversus possessorem rei hypothecatæ, ut pensionem solvat, nisi in defectum principalis debitoris, seu personæ censitæ, si videlicet, excussis ejus bonis, solvendo non sit. Plerique tamen Doctores utrumque Censum æquiparare videntur quoad bonitatem, & valorem, quod mihi maximè placet; quàvis interdum attentis particularibus circunstantijs rei, vel personæ, Censui subjectæ, unus sit alio melior, & securior: quæ inæqualitas etiam inter Census ipsos reales, & inter personales ad se invicem comparatos, reperiri potest, ut per se liquet. Loquor hîc de Censibus personalibus constitutis super persona, 171

quæ

quæ absolutè se obligaverit ad annuam pensionem, undecumque eam solvere possit. Nam si loquamur de Censu cõstituto limitate super persona, quatenùs suis operis, & industria acquirere potest, unde pensionem soluat, certũ est, per se loquendo, minoris æstimari, quam realem constitutum in rebus immobilibus, cùm ille solùm duret quandiù persona vivit, & habet vires ad acquirendum unde solvat; hic verò sit perpetuus, quemadmodùm ipsa res, in qua constitutus est.

172 Quo posito, satis probabiliter, juxta dicta circa pretium Census realis, statui hoc loco potest justum pretium Census personalis perpetui, & irredimibilis, esse illud, quo emeretur fundus, qui deductis expensis, & valore industriæ, tantumdem redderet. Quæ sententia placet Lessio *dicta dubitat.* 14. *n.* 102. vel quòd constitueretur ad rationem triginta pro uno, juxta consuetudinem Hispaniæ, cujus meminit Joan. Med. *C. de rebus per usuram acquisitis, q.* 14. *vers. verùm statim*, Solis *lib.* 2. *de Censib. cap.* 1. *sub. n.* 16. *& quare visum est*, & Less. *supra n.* 103. qui hoc pretium, etiam pro dicto personali Censu approbare videntur, quamvis expressiùs loquantur de reali, de quo tantùm credo esse illam consuetudinẽ Hispaniæ. Si verò talis Census sit redimibilis ad arbitrium venditoris, multò minus pretium pro eo dari potest, ut omnes fatentur: & patet manifesta ratione, quia obligatio retrovendendi emptori imposita pretio æstimabilis est, & totam illius æstimationem potest emptor detrahere à justo pretio, quo talis Census alias emi potest: & quidem Less. *n.* 104. satis probabiliter credit posse Censum personalem ita redimibilem emi ad rationem sexdecim pro uno. Et ita habere praxim in hoc regno, sæpiùsque pro illa judicatum esse affirmat, eam approbans Gabriel Pereira, *decis.* 84. *n.* 3. quod etiam scribunt Phœbus 2. *p. Arest.* 70. & Mendes de Castro *in sua praxi Lusit. lib.* 3. *c.* 22. & mihi facilè probatur; nã similes Census reales, qui ordinariè deteriores non sunt, etiam minoris emi possunt. Credo autem justum etiam fore pretium saltem summum, si vendatur ad rationem unius pro viginti, cum hoc etiam in Censu reali approbetur, & sit in usu in hoc regno.

Cæterùm tam pro prædictis Censibus perpetuis, quàm pro temporalibus, sive temporis certi, sive incerti, seu ad vitam alicujus, non potest certior, & securior regula constitui, quàm illud esse justum eorum pretium, quod vel lege, vel si lex non extet, recepta consuetudine, aut communi prudentum æstimatione, in unaquaque Provincia constitutum fuerit. Quam regulam nemo est qui non approbet. Si autem detur pretium minus justo pro ejusmodi Censu, erit quidem peccatũ contra justitiam, non tamen usura, ut bene cum Covar. notat Layman. *lib.* 3. *tract.* 4. *cap.* 18, *in fine*, quia usura locum non habet, ubi nullum est mutuum. Faciunt quæ dicemus infra *sect.* 13. *num.* 217. 173

SECTIO DECIMA.

Quanam conditiones, seu pacta, licitè possint addi secundùm jus naturæ contractui censuali?

SUMMARIUM.

Pacta secundùm se licita, nec tollentia veritatem emptionis, & venditionis Censuum, adijci possunt contractui censuali, secundùm jus naturæ. n. 174.

Census potest vendi cum pacto retrovenditionis in favorem venditoris apposito, idque varijs modis. n. 175.

Vtrùm redempto Censu ex vi talis pacti, teneatur emptor computare in pretium pensio-

pensiones, quas medio tempore percepit? num. 176.

Probabile est, quod etiam potest emi Census, etiam Personalis, cum pacto redemptionis in favorem emptoris apposito, idque varijs modis. n. 177.

Non est tamen hæc sententia in praxi consulenda. ibidem.

Probatur hæc sententia. num. 178.

Contraria sententia ab aliquibus defenditur: sed facilè eorum fundamentum evertitur. n. 179.

Adducitur, & confutatur quædam instantia pro eadem sententia. n. 180.

Non est novum, ut quod per unum contractum assequi non possumus, id per aliud assequamur. ibidem.

Licitè potest vendi Census, cum pacto retrovenditionis in favorem utriusque contrahentis apposito. n. 181.

Census realis licitè potest vendi cum pacto assecurationis, quo venditor se obliget ad solvendas pensiones, etiam in casu, quo res censita pereat. n. 182.

Excluditur quædam objectio contra hanc sententiam. n. 183.

174 CUm infinita sint pacta, & conditiones, cum quibus celebrari potest contractus censualis, id est, emptio, & venditio Censuum, ad illa in particulari discernenda hoc generale documentum ex cõmuni Doctorum tradit meritò Valent. *tom. 3. disp. 5. q. 22. puncto 6.* scilicet, *omnia pacta, quæ secundùm se sint licita, & veritatem emptionis, & venditionis Censuum non tollant, licitè illi possunt adjungi, secundùm jus naturæ.* Probatur, quia quando plures contractus secundùm se liciti sunt, & unus non destruit substantiam, seu primariam rationem alterius, nihil secundùm jus naturæ obstat, quominùs simul possint celebrari, ut constat ex *cap. unico de commodato*, ubi dicitur celebrari posse contractum commodati cum pacto, ut periculum rei commodatæ pertineat ad commodatarium, & *l. 1. ff. depositi*, ubi dicitur posse idem pactum adjungi contractui depositi, & ex multis alijs juribus, quibus similes diversorum contractuum conjunctiones approbantur, quæ non aliundè justificantur, nisi, quia pacta, quæ secundùm se sunt licita, & mutuò inter se, quoad substantiam non repugnant, simul iniri possunt, ubi jus positivum non obstiterit. Confirmatur, & declaratur, quia si aliquid obstaret, quominùs contractus censualis iniri posset cum quovis pacto aliàs licitò, nec ei quoad substantiam repugnante, esset, quia per reale pactum imponeretur aliquod peculiare onus emptori, aut venditori Censùs, ultra illud, quod per ipsum contractum censualem imponitur: hoc autem nihil obstat; quia non ponimus posse adjici talia pacta, non compensatis oneribus per illa impositis, sed illis juxta prudentem æstimationem compensatis; qua ratione nihil contra jus naturale in conjunctione talium contractuum reperitur.

Unde inferes primò licitè posse vendi Censum cum pacto retrovenditionis, seu redemptionis in favorem venditoris apposito, ut scilicet venditore pretium offerente, teneatur emptor Censum revendere, sive totum, sive quoad partem, sive intra certum aliquod tempus, ita ut postea non teneatur emptor revendere, sive post tale tempus, & non ante, sive pro eodem pretio, quod venditor accepit, sive pro eo, quod tempore revenditionis valebit; prout inter ipsos contrahentes convenerit. Ita communiter Doctores, Joannes Medina. *C. de rebus per usuram acquisitis, q. 15. à vers. in his diversa*, Sotus *lib. 6. de justitia, q. 5. art. 3.* Covar. *3. variarum cap. 8. n. 7.* Valentia *tomo 3. disp. 5. q. 22. puncto 6. vers. ex hac doctrina*, Less. *lib. 2. cap. 22. dub. 9.* Azor *part. 3. lib. 10. cap. 17. q. 3.* & cæteri omnes. Probatur facilè, quia tam pactum revendendi absolutè, quàm cum modificationibus, usque 175

ad

ad tale tempus, vel post, & cæt. est secundùm se licitum, nec tollit veritatẽ emptionis, sed potius illam supponit, ut patet: ergo licitè secundùm jus naturæ adiungi potest emptioni, & venditioni Census.

176 Dubitabis, an quando redimitur Census ex vi talis pacti, teneatur emptor computare in pretium pensiones medio tempore perceptas? Respondeo cum Medina *supra vers. ac proinde videtur*, hoc pendere ex modo, quo tale pactum est appositum: dupliciter enim apponi potest, aut verbis directis, aut obliquis: verbis directis apponitur, quando in eo dicitur, ut reddito pretio Census habeatur pro non empto, quod pactum bene appellat Medina resolutivum contractus: obliquis verò apponitur, quando in eo dicitur, ut reddito pretio à contractu recedatur, seu extinguatur Census, aut quid simile. Si ergo Census redimatur ex vi pacti priori modo appositi, pensiones medio tempore perceptæ restitui debent venditori, deductis expensis, & valore industriæ, nisi emptor in pretium eas computare velit. Patet, quia ex vi talis pacti, ita resolvitur contractus censualis, ac si nunquam fuisset initus; unde consequens est, ut nihil ex vi illius retineri possit ab empore. Si autem redimatur ex vi pacti posteriori modo, non tenetur emptor pensiones reddere, nec in pretium computare; quia tunc ita rescinditur contractus censualis, ut rescisio non retroagatur ad tempus, quo celebratus est, sed tantùm interrumpatur effectus, & obligatio ipsius contractus, ut deinceps non teneatur venditor pensionem solvere; unde non est, cur pensiones, quæ ante talem rescisionem ab emptore sunt perceptæ, debeant restitui venditori, cum emptor eas fecerit suas titulo legitimo, qui per eam redemptionem Census nõ annullatur quoad tempus præteritum, sed tantùm quoad futurum.

177 Inferes secundò, probabile esse, & saltem speculativè veriùs, quod possit secundùm rei naturam emi Census cũ pacto redemptionis apposito in favorem emptoris, ut scilicet teneatur venditor Censum redimere volente emptore illum revendere, sive eodem pretio, sive pretio, quod tempore redemptionis valebit, prout inter eos convenerit; nec teneri tunc emptorem computare in pretium pensiones medio tempore perceptas, nisi fortè ex modo, quo tale pactum appositum esset, aliud colligatur, juxta proximè dicta circa simile pactum in favorem venditoris appositum. Ita sentiunt Joannes Medina, *C. de rebus per usuram acquisitis, q. 15. longè post medium à vers. quæ de pacto, pagina mihi* 168. Maior *in 4. dist. 15. q. 43. & 44. in fine*, Gabriel *ibidem q. 12. art. 2. conclusione 4. & art. 3. ad tertium, contra quartam conclusionem*, ubi tamen cautè, & meticulosè loquitur, fortè ad declinandam aliquam invidiam, ut Less. *infra citandus*, interpretatur, Conrad. *simili cautione utens, q. 84. de contractibus, post quintam conclusionem, vers. circa enim conclusionem, & corollario primo*, Joan. Immola *in cap. illo vos, de pignoribus*, Valentia *tomo 3. disp. 5. q. 22. puncto 6. §. secundo sequitur, & sequenti*, ubi testatur hanc sententiam judicatam fuisse probabilem Romæ anno 1581. in quadam consultatione multorum, & gravissimorum Theologorum, ipso præsente habita, Azor *part. 3. lib. 1. cap. 17. q. 4.* Less. *lib. 2. cap. 22. dubit. 10.* Filiuc. *tomo 2. tract. 35. parte 2. n. 272.* Laym. *lib. 3. tract. 4. c. 28.* & alij. Proceditque hæc sententia, non solùm de Censu reali, in quo minor est difficultas, sed etiam de personali, cùm ex citatis Doctoribus quidam generatim loquantur, & plerique Censum etiam personalem exprimant: quamquam propter periculum usuræ, & scandali, non sit in praxi consulenda, præsertim quoad Censum personalem, ut ijdem Doctores monent.

Proba-

178 Probatur verò primò, quia venditor potest vendere Censum cum pacto, ut emptor teneatur illum revendere, quando ipse voluerit redimere, ut constat ex præcedenti corollario, & omnes communiter fatentur: ergo similiter potest emptor emere cum pacto, ut venditor teneatur redimere, quando ipse voluerit revendere, eadé enim de utroque est ratio; nam si venditor potest illud onus imponere emptori, detrahendo de pretio, quanti tale onus æstimatur, cur non poterit emptor simile onus imponere venditori, augendo pretium, quantum satis sit ad tale onus compensandum? Secundò, quia Census est quædam res vendibilis, quemadmodùm ager, domus, & cæteræ res venales; sed ejusmodi res vendi possunt cum pacto, ut venditor teneatur redimere, emptore volente, ut ex communi sententia tradidimus, *disp. 7. de emptione, & vendit. sect. 2.* ergo etiam Census. Tertiò, quia, si me roges, ut Censum à te emam, possum nolle emere, nisi sub pacto, quo te obliges ad emendum à me domum, post aliquod tempus: ergo etiã possum nolle emere, nisi simul peculiari pacto te obliges ad eundem Censum postea à me emendum, seu redimendum, non enim maior potest assignari ratio, cur possim tecum pacisci de re alia à me emenda, non verò de emendo eodem Censu. Quarto, & ultimo, quia, ut supra generaliter statuimus, pacta, quæ seorsim possunt fieri, & se mutuò quoad substantiã non destruunt, possunt fieri conjunctim: atqui emptio Cẽsus, & pactũ de illo redimendo possunt seorsim fieri, ut nemo diffitebitur: ergo etiam conjunctim.

Contrariam sententiam defendunt
179 Sotus *lib. 6. de justitia, q. 5. art. 3. concl. 1.* Çovar. *lib. 3. variarum, cap. 9. n. 4.* cùm tamen *ibidem num. 3.* in emptione aliarum rerum admittat posse apponi hoc pactum, & Solís *lib. 1. de Censibus, cap. 10. n. 18. & 28.* qui credit ad substantiam, & essentiam contractus censualis pertinere, ut sors, seu pretiũ, nunquã possit repeti: cum quibus consentiunt alij, quos refert Azor *dicta q. 4.* Ducuntur ea ratione, quod eo ipso quod emptor pacto aliquo reservat jus repetendi pretium, perit veritas emptionis, & fit mutuum: qui autem emit Censum sub dicto pacto, reservat jus ad repetendum pretium, ut patet: ergo verè non emit Censum, sed dat mutuo pretium, atque adeò usurarius est, nisi in pretium cõputet pensiones ante redemptionem perceptas, cùm ratione mutui nihil ultra capitale recipi possit absque vitio usuræ. Hoc tamen fundamentum facilè diruitur. Respondemus enim, maiorem esse falsam; nam quanvis in hoc differant emptio, & mutuum, quod ex vi emptionis præcisè sumptæ non possit repeti pretium, ex vi autem mutui possit repeti sors: hoc non tollit quominùs ex vi alterius pacti emptioni adjuncti, pretium repeti possit, quẽadmodùm licet ratione solius venditionis non possit repeti res vendita, tamen ratione pacti de retrovendendo, quod omnium confessione est licitum, potest licitè repeti; alioqui etiam in emptione, & venditione aliarum rerum licitum non esset apponi pacta de revendendo, & redimendo, quod à communi sententia, & praxi ubique recepta est alienum.

Dices, saltem in illo pacto contineri eandem inæqualitatem, & injustitiam, quam continet pactum de recipiendo aliquid ultra sortem ratione mutui: cùm illud apponens idem prorsus consequatur: unde, vel utrumque esse licitum, vel neutrum; siquidem de æquipolentibus idem judicium esse debet. *l. ultima, ff. mandati.* Respondetur, non esse novum, ut quod per unum contractum consequi non possumus, per alium assequamur, non quod eadem res maioris, aut minoris æstimationis sit ratione unius, quam alterius contractus circa eam initi, ut jam 180

sect.

sect. praecedenti, §. 4. *num.* 165. ostensum est; sed quia ex diversitate materiae, circa quam ipsi contractus versantur, unus est alio utilior, & fructuosior. Hac enim ratione, qui dat mutuo mille aureos, nihil ratione talis contractus assequi potest, praeter totidem aureos sibi postea solvendos; qui autem eosdem mille aureos daret in pretium pro re fructifera, quam emeret sub pacto de retrovendendo eodem pretio, preter totidem aureos, assequetur fructus, quos ea res protulerit, antequàm redimatur. Sic igitur evenit in praesenti, qui emit Censum sub dicto pacto de retro, potest exigere, & assequi postea totam pecuniam, quam in pretium dedit, & praeterea recipere, ac retinere pensiones medij temporis, quia sunt fructus rei à se emptae, quae dum redempta non est, ipsi emptori, tamquam proprio domino, fructificat. Qui autem eandem pecuniae summam mutuo daret, cùm nihil per illam emat, sed tantum eam tribuat, ut sibi post aliquod tempus tantumdem reddatur, nihil ultra illam assequi potest. Unde non bene ejusmodi contractibus applicatur illud proloquium, de aequipollentibus, & caet. quia non aequipollent, cum alter ratione suae materiae sit sterilis, ut ita dicam; alter verò frugifer, & proficuus.

181 Inferes tertiò, licitè posse constitui Censum utrinque redimibilem, id est, cum pacto redemptionis in favorē utriusque contrahentis apposito; ita ut altero Censum redimi volente, teneatur alter illi acquiescere, compensato sufficienter onere, quod uterque ita contrahendo suscepit. Sic Medina *d. q.* 15. §. *ideo ad justificationem*, Valentia *dicto puncto* 6. *vers. tertio sequitur*, Less. Layman, & caeteri ferè omnes, quos pro praecedenti corollario retullimus. Probatur facilè ex dictis. Nam si tam pactum redemptionis appositum in favorem solius venditoris, quā appositum in favorē solius emptoris, divisim acceptum, licitè adjicitur contractui censuali, ut supra ostendimus, nihil obstat, quominùs utrumque simul illi adjici possit, imò maiori ratione hoc erit licitum, cum sic utrique contrahenti faveatur, & onus alteri impositum simili onere alterius aliqua ex parte cōpensetur. Dico (aliqua ex parte) quia haec onera non sunt aequalia, gravius enim est onus, quod imponitur vēditori, ut teneatur Cēsum redimere, quandocumque voluerit emptor, quam quod imponitur emptori, ut teneatur Censum revendere, quandocumque venditor voluerit redimere, cum difficilius sit habere pecuniam in promptu ad redimendum, quando alter voluerit, quam revendere quod semper est paratum. Unde quando quis emeret Censum, cum pacto de retro in favorem utriusque licet non teneatur dare tantum pretium, quantum si Census esset utrinque irredimibilis, qui caeteris paribus plus valet, quàm utrimque redimibilis, tamen tenetur dare aliquanto maius pretium, quàm si Census solùm esset redimibilis in favorem venditoris, ut bene docent Medina, & Valentia *supra*, & constat ex ijs, quae tradidimus *disputatione* 7. *de emptione, & venditione, sect.* 2. agendo generaliter de pacto redemptionis apposito in venditione, & emptione cujuscumque rei in favorem utriusque contrahentis.

Inferes quartò, probabilius esse, quòd spectato solo jure naturali possit emi Census realis, cum pacto assecurationis, quo pro justa compensatione obligetur venditor ad solvendas pensiones, casu, quo pereat res in qua Census est constitutus. Ita Valentia *dicto puncto* 6. §. *quarto sequitur*, Less. *dicto cap.* 22. *dubitatione* 11. *n.* 66. Layman. *dicto cap.* 18. *assertion.* 5. Filiucius *supra n.* 273. & alij, quod etiam in supra relata cōsultatione doctissimorum Theologorū Romae anno 1581. judicatum fuisse affirmat Valent. citat. Probatur primò, quia ejusmodi 182

 pactum

pactum secundùm se est licitum, & potest seorsim fieri post initum contractum censualem: nihil enim secundùm jus naturæ obstat, quominùs primo ematur absolutè Census pretio justo, & deinde justo etiam pretio se obliget censuarius, ad solvendas pensiones casu, quo res censita pereat: ergo simul etiam potest fieri cum contractu censuali juxta principium supra positium, quòd pacta, quæ seorsim sunt licita, etiam conjunctim iniri possunt, interveniente justa compensatione, quam utrumque per se requirit. Secundò, quia ejusmodi pactum inducit obligationem Census Personalis, quæ secundùm jus naturæ licitè potest addi supra obligationem Census realis, ita ut evadat Census mixtus; ut probavimus *sect.* 8. *n.* 143. ergo tale pactum licite potest conjungi cum emptione Census realis.

183 Oppones, ejusmodi pactum esse contra naturam contractus Censualis, quo Census realis constituitur, cum de ratione talis contractus sit, ut pereunte re censita, nulla deinceps obligatione teneatur censuarius ad solvendam pensionem, atque adeò non potest ejusmodi pactum cum tali cōtractu censuali consistere. Respondeo negando antecedens; nam quod ille contractus censualis solùm inducat obligationem solvendi pensionem, quādiù res censita apud censuarium permanet, inde non sequitur, esse contra ejus naturam, sed præter; quòd per aliud pactum simul initum possit censuarius obligari ad pensionem, etiam re censita perempta; qua ratione licet ex vi commodati solùm teneat præstare periculum rei commodatæ, si mea culpa intereat, tamen non repugnat naturæ hujus contractus, quod alio pacto illi adjuncto me possim obligare ad præstandum etiam casum fortuitum, ut constat *ex cap.* 1. *de commodato*, & omnes communiter fatentur. Adde quod esto illud pactum esset contra naturam contractus censualis, attamen non est contra primariam illius rationem: & hoc sufficit, ut illi adjici possit, quin substantia ipsius contractus censualis destruatur, ut ex jure, & Doctoribus probat in simili Rota Romana *in quadam decisione anni* 1635. *vers. secundo quod*, quam refert Tamburinus *tom.* 3. *de jure Abbatum*, *disp.* 14. *q.* 4. *n.* 7.

Quædam alia sunt pacta apponi solita in contractu censuali, quæ reservamus in disputationem sequentem, ubi explicanda est Bulla Pij V. in qua multa ejusmodi pacta aliàs licita irritantur: quoddam verò ex his, quia magni est momenti, hoc loco prætere non possumus. Itaque de illo sequentem sectionem instituimus.

SECTIO UNDECIMA.

Vtrùm possit apponi pactum in emptione Census, ut si Censuarius pensionem non solvat duobus, aut tribus annis, eo ipso incidat in commissum?

SUMMARIUM.

Non solvens pensionem censualem non incidit in commissum ex vi contractus censualis. n. 184.

Quæ sententia procedit, etiam si in ipso contractu adhibitum esset juramentum de solvenda pensione. ibidem.

Spectata Bulla Pij V. non potest in contractu censuali adjici pactum, quòd censuarius incidat in commissum, si pensionem non solvat. n. 185.

Posse dictum pactum licitè secundùm rei naturam apponi, prima sententia affirmat. ibidem.

Pœna conventionalis non imponitur in compensationem damni, sed ob culpam. num. 186. *& seq.*

N'n

Non posse dictum pactum apponi, secunda sententia tenet: & quomodò ab aliquibus probetur? num. 188. & seq.

Præcipuum ejus fundamentum. n. 190.

pacta quibus imponitur pœna conventionalis non solventi quantitatem, censentur usuraria. n. 189.

Tertia sententia media proponitur, & suadetur. n. 191.

Iudicium Authoris circa prædictas sententias. n. 192.

Iustum, ac licitum est secundùm jus naturæ adjici pœnam conventionalem contractui censuali culpæ proportionatam. ibidem.

Authoris resolutio circa principalem quæstionem. n. 193.

Diluuntur fundamenta trium priorum sententiarum, quatenùs resolutioni Authoris repugnant. n. 194. & seqq.

In Censu reservativo potest apponi pœna commissi non solventi pensionem. num. 194.

Quæ melioramenta amittat emphyteuta incidens in commissum? n. 195.

Etiam in pignore potest apponi pactum, ut non soluto debito intra certum tempus, pignus amittatur, si ejus valor non multùm excedat æstimationem debiti. num. 196.

184 SUpponit hæc quæstio, censuarium qui pensiones pluribus annis non solvit, non incidere ex vi contractus censualis in pœnam commissi. Quæ est communis sententia Doctorum, qui hanc differentiã, præter alias, cõstituunt inter contractum censualẽ, & emphyteuticum, quòd emphyteuta non solvens biennio, aut triennio pensionem, emphyteusim amittit, secundũ naturam contractus emphyteutici; at vero censuarius licet pluribus annis non solvat, in talem pœnam non incidit ex vi contractus censualis, ut videre est apud Valascum *quæst. 32. de jure emphyteutico, n. 30.* & Solís *in proœmio sui tractatus de Censibus, n. 17.* qui plures alios referunt. Et licet non defuerint, qui hanc resolutionem limitandam crederent, ut non procedat quando in contractu censuali interpositum esset juramentum de solvenda pensione; quod ex juramento peculiare robur contractui accedat ad rigorosius obligandum, illamque pœnam inducendam: tamen hoc sine dubio non procedere fatetur Valascus *n. 31. fine*: alij verò, ut Mol. *disp. 381. n. 6.* & Solís *supra sub n. 28. §. Rursus*, id rejiciunt tamquàm falsum, & meritò; nam juramentum licet habeat vim confirmãdi, & roborandi contractus, addendo obligationem religionis supra obligationem justitiæ, quæ ex contractu oritur, tamen accõmodatur eorum naturæ; & ad nihil amplius obligat, quam ipse contractus, quando validus esset, secundùm suam naturam obligaret: unde si ex vi contractus censualis non obligatur censuarius ad pœnam commissi propter pensiones non solutas, neque addito juramento eam obligationem contrahit.

Præsens ergo difficultas est, utrùm ex peculiari pacto contractui censuali 185
adjecto possit censuarius obligari ad pœnam cõmissi, si pensionem duobus, aut tribus annis non solvat? Et procedit hæc difficultas spectato tantũ jure naturali; nam si spectemus jus positivum *Bulla Pij V. de creandis Censibus*, certum est tale pactum validè apponi non posse; cùm hæc, & similia pacta expressè in ea Bulla irritentur. Spectata igitur sola rei natura, duæ in proposita difficultate sunt extremæ sententiæ, & una media. Prima absolutè affirmat posse hoc pactum validè, ac licitè apponi. Ita docet Valascus *q. 32. de jure emphyteutico n. 31.* Covar. *lib. 3. variarum, cap. 7. n. 1. columna 2.* dicens ita habere praxim in Censu perpetuo irredimibili, juxta quãdam legem Hispaniæ, eamque servari debere, Sotus *lib. 6. de justitia. q. 5. art. 2. in responsione ad secundum propè finem*, Guterres *parte 1. de juramento confirmatorio, cap. 31.*

31. *num.* 10.*&* 11. ubi tamen id limitat, ut non procedat in foro conscientiæ quoad Census redimibiles, qui hodie sunt in usu, & alij, quos refert Solís *tract. de Censibus in proæmio. num.* 23. *& lib.* 1. *cap.* 10. *numero* 11. Probatur primò, quia ejusmodi pactum, & pœna approbatur, & servari præcipitur in Hispania, *in l.* 68. *Tauri*, *quæ est lex* 1. *tit.* 15. *libri quinti*, *in nova recopilatione*, ubi sic habetur: *Si alguno puziere sobre su heredad algun censo con condicion, que si no pagare a certos plazos, que caya la heredad en commisso, que se guarde el contrato, y se jusgue por el, puesto que la pena sea grande, y mas de la mitad.* Secundò, & fortiùs, quia Nicolaus V. hoc etiam pactum, & pœnam approbavit in sua constitutione, de Censibus pro regnis Siciliæ, & Neapolis, teste Azor *parte* 3. *libro* 10. *cap.* 13. *quæst.* 7. nec dici potest Summum Pontificem aliquid juri naturali contrarium approbasse, aut approbare potuisse. Tertiò, quia in Censu reservativo ejusmodi pactum, & pœna imponi potest, juxta communem sententiam, quam approbant Covarruvias, & Guterres *supra*, qui alios referunt. Molina *disp.* 381. *num.* 6. *& disp.* 390. *num.* 23. Azor proximè citatus, Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 11. *num.* 68. *& cæteri omnes*: ergo idem videtur dicendum de Censu consignativo, de quo hìc agimus.

186 Quartò denique probatur, & declaratur hæc sententia ratione, quia non est contrarium, sed potiùs conforme juri naturali, quod quilibet contrahens se possit alteri obligare ad præstandum aliquid in pœnam moræ, si contractum debito tempore culpa sua non impleat, ut omnes fatentur, & constat satis ex ipso jure positivo. *l. magnum*, *C. de contrahenda emptione*, *l. si pacta*, *C. de pactis*, cum similibus: quare secundùm jus naturale, is, qui Cēsum vendit, se subjicere potest alicui pœnæ, si pensiones aliquorum annorū culpa sua non solvat: sed nihil obstat quominùs pro tali pœna constitui possit, ut res censita in commissum cadat: ergo, &c. Probo minorem; quia siquid obstaret, esset, quia res censita potest excedere valorē, & totū interesse pensionum, quæ solutæ non sunt, & Cēsus, qui, re ita amissa, extinguitur: hoc autē non obstat, imò verò ad talē pœnā necessarium est; nam pœna conventionalis, qualis hæc est, non constituitur pro resarciendo interesse contrahentis læsi, sed pro punienda mora, seu culpa ejus, qui contractū non implet, quemadmodùm pœnæ legales, & judiciales, quæ solum propter culpā imponuntur: unde quemadmodùm hæ, quando imponuntur propter damnum injustè alicui illatum, non cōstituuntur, nec cōstitui possunt in compensationē damni, aut interesse, quæ læso debetur, sed in aliqua re ultra eam cōpensationem solvenda; sic etiam pœna conventionalis, in quocumque contractu imponatur, non est cōstituenda in cōpensationem damni, aut interesse contrahentis læsi, sed in aliquo ultra illam, ita ut præter æstimationem totius interesse aliquid ampliùs tali contrahenti solvatur, juxta proportionem culpæ, pro qua ea pœna imponitur. Nihil igitur secundū rei naturam obstat; quominùs propter non solutas culpabiliter pensiones, constitui possit pœna amissionis rei censitæ, etiam si plus valeat, quā totum interesse earum pensionum, & Census.

Confirmatur, quia non est injusta, neque irrationabilis pœna, quæ imponitur emphyteutæ, ut amittat domino emphyteusim simul cum omnibus melioramentis, quæ in ea fecit, si duobus, aut tribus annis, non solvat pensionē, licet melioramenta multum excedant valorem pensionis non solutæ, & rei emphyteuticæ, secundū statū, quē habebat, quando à domino fuit concessa: ergo similiter non erit irrationabilis pœna amittendi rem censitam, quanvis excedat valorem pēsionis non solutæ, 187

&

& Census, quem censuista in ea habet.

188 Secunda setentia extremè opposita negat, posse apponi pactum commissi in contractu censuali. Hanc tenent Medina *C. de rebus per usuram acquisitis*, *q.* 15. *longo post medium à §. quantum ad secundum*, Azor *part.* 3. *lib.* 10. *cap.* 13. *quæst.* 7. Paulus de Palatio *in annotationibus ad summam Caetani. fol* 131. *vers.* Salas *tract. de Censibus*, *dubit.* 26. *n.* 3. & plures alij, quos refert Solís *lib.* 1. *de Censibus*, *cap.* 10. *sub num.* 11. *§. quare Authores.* Citari etiam pro eadem sententia possunt Covarr. & Guterres locis pro prima sententia allegatis, quatenus supra relatam legem 68. Tauri appellant valde rigidam, nec illius dispositionem approbare audent in Censu consignativo, de quo illa procedit, sed tantùm in reservativo irredimibiliter constituto, in quo solùm dicunt eam legem practicari in supremis tribunalibus regijs: cui sententiæ accedere etiam videtur Valascus *in dicta quæstione* 32. *de jure emphyteutico*, *num.* 31. apertiùs tamen eam defendit *consultat.* 35. saltem pro foro externo, propter præsumptionem usuræ, quæ sub specie illius pacti latere potest. Fundamentum, quo aliqui ex his Authoribus nituntur est, quia credunt pœnam commissi pugnare cum natura, & substantia contractus censualis; quod ejusmodi pœna sit propria emphyteusis. Hoc tamen fundamentum est vanum; nam quod peculiari pacto talis pœna cõstituatur substantiam contractus censualis non destruit, ut per se liquet.

189 Alij ergo inde hoc pactum damnant, quia adjicit pœnam non solventi quantitatem, talia autem pacta præsumuntur usuraria, & ut talia rejiciuntur, ut cõmuniter resolvunt Juristæ in *l. stipulatio ista*, *§. alteri*, *ff. de verborum obligat. & in l. cum allegas*, *C. de usuris*, *& in c. dilecti*, *de arbitr. & cap. suam de pœnis*, *& alijs textibus.* Unde in Ordinat. Lusit. *libro* 4. *titulo* 70. *§.* 1. statuitur, ut non possit exigi pœna conventionalis apposita in mutuo, aut quovis alio contractu, ex quo debeatur aliqua quantitas pecuniæ, auri, argenti, tritici, vini, olei, similisvè rei, quæ in pondere, numero, aut mensura solet dari, aut solvi; quòd talis pœna præsumatur adjecta in fraudem usurarum: & ita in supremo Senatu hujus Regni absolutum fuissé à pœna commissi quendam censuarium, qui aliquibus annis pensiones non sulverat cùm sub ea pœna se obligasset ad earum solutionem, testatur Valascus *dicta consultat.* 35. At hoc etiam fundamentum non probat, illud pactum esse illicitum, aut invalidum pro foro conscientiæ, non solùm spectato tantùm jure naturali, sed etiam spectatis legibus citatis; quia cùm sint præsumptivæ, non habent vim in foro interno, imò neque in externo, quando constiterit pactum fuisse adjectum animo sincero obligandi debitorem ad pœnam justam, & rationabilem, quam jura in alijs contractibus permittunt; siquidem ubi de veritate constat, omnis contraria præsumptio cessat; atque adeò, & lex, ac dispositio, quæ in tali præsumptione fundatur, ut tradunt communiter Doctores, & in specie pœnæ conventionalis adjectæ pro solutione quantitatis docent Molina *tomo* 1. *disputat.* 97. & Rebel. 2. *part. lib.* 8. *q.* 9. *n.* 7.

Præcipuum igitur fundamentum, 190
quo plerique hujus sententiæ Authores moventur, est quia plerumque res, quæ Censui subjicitur multò maioris est valoris, quam totus Census, & pensiones, quæ aliquibus annis solutæ non sunt; iniquum est autem, quòd propter aliquod debitum tempore constituto non solutum, cogatur quis amittere rem longè maioris æstimationis. Confirmatur, quia res censita est obligata pro solvendo Censu adinstar pignoris, & hypothecæ: est autem illi-

illicitum, & reprobatum in jure, quòd aliquid subjiciatur pignori, sub pacto commissi, ut scilicet non soluto debito intra aliquod tempus, pignus cedat creditori loco debiti non soluti, ut constat *ex cap. significante, de pignoribus, & ex l. 1. & ultima, Cod. de pactis pignorum, & ex jure Lusitano lib. 4. Ordinat. tit. 56.*

Tertia sententia media inter praecedentes docet; licitum esse, hoc 191 pactum, si onus, quod per illud imponitur, Censuario sufficienter, aucto pretio Census prudentis arbitro compensetur, aliàs verò esse iniquum. Ita docet Valascus non satis sibi ipso cohaerens, *quaest. 32. de jure emphyteutico, num. 12.* Solís *lib. 1. de Censib. cap. 10. n. 12. vers. quoniam vitium*, Less. *lib. 2. cap. 22. dubit. 11. n. 68.* & eum sequens Filliucius *tomo 2. tract. 33. part. 2. n. 273.* Haec sententia quoad secundam partē probatur à citatis Doctoribus, ultimo fundamento pro praecedenti sententia adducto. Quoad primam verò partem illam probant facili ratione; quia si onus, quod per illud pactum imponitur sufficienter compensetur, omnis inaequalitas, & injustitia tollitur; ergo non est cur pactum sic appositum injustum, aut illicitum censeatur, si tantùm jus naturae spectetur. Confirmatur exemplo pignoris, quia licet absolutè reprobetur pactum commissi in pignore, tamen non est illicitum, nec reprobatū si fiat ea lege, ut res pignori data fiat creditori justo pretio, si debitum intra constitutum tempus non solvatur, ut expressè admittit jus Lusitanum *dicto tit. 56. lib. 4. Ord.* & tradit Pinelus *Rubrica C. de rescindenda venditione, 2. part. cap. 1. n. 26. ad finem* Caldas Pereira *in l. si curatorem, verbo, sua facilitate, n. 95.* Tiraquel. *de retractu conventionali ad finem tituli, n. 136.* & plures alij, quos citat, & sequitur Solís, *dicto num. 12.* Quod ea ratione justificatur, quia adhibita compensatione justi pretij pro onere amittendi rem, omnis inaequalitas, & injustitia tollitur; ergo similiter in praesenti licitum erit pactum commissi, si ejus onus sufficienter compensetur.

Omnes hae sententiae mihi videntur continere aliquid falsum, nec reperio, qui hac in re scopum attigisset 192 veritatis, praeter Molinam, *disp. 390. n. 25.* cum quo duo pronunciata statuenda sunt, ex quibus quid nobis in praesenti difficultate tenendum sit, & in quo praefatae sententiae à vero aberraverint, manifestum fiet. Primum est, justum, ac licitum esse secundùm jus naturae adjici pactum contractui censuali, quo censuarius obligetur ad aliquid in poenam amittendum, aut solvendum censuistae, ultra id, quod aliàs ei debet, si pensiones tempore constituto culpa sua non solvat. Hoc pronunciatum admittit etiam Medina *loco citato pro secunda sententia, in dicto §. quantum ad secundum, in fine*, & constat ex ultimo fundamento pro prima sententia adducto, atque ex generali doctrina, quae tenet in quovis contractu valido constitui posse poenam, quam debitor morosus teneatur solvere, sive ante, sive post judicis condemnationē, juxta varias opiniones, & modos talē poenam constituendi; nec dubium quin possit in poenam constitui aliquid solvendum supra id, quod creditoris intererat, impletum esse contractū; cum non pro interesse, sed pro culpa non impleti contractus haec poena imponatur. Secundum est, hanc poenam debere esse moderatam, & proportionatam culpae. Nam quemadmodùm hoc in poena legali, & judiciali requiritur, ita etiam in conventionali, ut praeter Molinam citatum, tradit etiam Less. *lib. 2. cap. 20. dubit. 15. n. 133.* neque enim justū est, ut poena excedat proportionem culpae. Unde jure Lusitano, *dicto tit. 56. in principio.* haec regula negativa pro poenis conventionalibus praescribitur, ut scilicet poena non excedat valorem, seu aestimationem rei

rei, aut operis, ob quod præstandum imponitur; alioqui invalida sit quoad excessum; idque sive imponatur tota simul, sive per partes, ut si non implenti contractum certo die imponas solvendos tres aureos, & differenti ulterius implere per mensem, alios tres aureos, & cæt. ita quod possit tota pœna æquare æstimationem rei ad quam debitor tenebatur, non autem excedere.

193 His ita constitutis, nostra resolutio est. Si res Censui subjecta non multum excedat valorem Census, & pensionum trium annorum, licitè potest adjici pactum, ut non solutis per triennium pensionibus culpa censuarij, talis res incidat in commissum, & cedat domino Census, tam in pœnam illius culpæ, quàm in compensationem Censûs, qui extinguetur, & pensionũ, quæ solutæ non sunt, ita ut quod res plus valet, quam Census, & pensiones illorum annorum, amittatur in pœnã; reliquum verò cedat in compensationem pro interesse Censûs, & illarum pensionum. Secùs verò, si res nimium excedat valorem Censûs, & pensionũ illorum annorum, ut si excessus superet valorem talium pensionum. Tota resolutio constat ex pronunciatis proximè constitutis; quia si valor rei non multum excedat Censum, & pensiones non solutas, pœna commissi erit moderata, & proportionata culpæ; & ideò licitè, ac validè secundum rei naturam apponi potest. Si autem nimiũ excedat, ita ut excessus superet valorẽ illarum pensionum, erit pœna excessiva, & injusta; & ideò non poterit apponi, nisi excessus sufficienter aucto pretio, vel alia ratione, compensetur.

194 Et hinc facilè apparet, in quo priores sententiæ à verò aberrent, & quid ad earum fundamenta respondendum sit. Imprimis enim constat, primam esse falsam, quatenùs vult posse licitè apponi pactum commissi, quantumcunque res censita excedat valorem Census, & pensionum non solutarum. Quare ad primum ejus fundamentum petitum *ex l. 68. Tauri*, dicimus eam legem quatenùs approbat pactum cõmissi, etiam quando ea pœna est magna, & excessiva, communiter reputari injustam, & ideò minimè servari in praxi. Ad secundum desumptum ex Bulla Nicolai V. respondeo, licet in ea Bulla generaliter approbetur pactum commissi in Censibus, id intelligi, servatis servandis, ut scilicet talis sit Census, & pro tot pensionibus non solutis ea pœna imponatur, ut omnibus consideratis non sit pœna excessiva, sed moderata, & proportionata culpæ, vel, si excessiva sit, talis excessus justo pretio compensetur. Ad tertium respondetur, esse diversam rationem in Censu reservativo; nam cùm ipse censuista ejusmodi Censum constituat super sua propria re, concedendo eam censuario, quoad totum dominium, cum onere, ut sibi quotannis certam pensionem solvat, nihil obstat quominùs illum cum tali pacto, & cõditione constituere possit, ut si censuarius pensionem aliquo anno non solvat, res ad ipsum revertatur, nam rem suam quilibet potest concedere cum quacumque conditione, qua non impleta, res ammittatur, vel etiam pro non concessa habeatur: at verò Census consignatiuus constituitur à censuario super re, quæ neque quoad dominium directum, neque quoad utile à cẽsuista proficiscatur, sed quæ est propria ipsius censuarij, à quo pro justo pretio obligatur censuistæ ad pensionem annuam: & ideò non potest censuista eam subjicere pœnæ commissi, nisi ex conventione cum censuario, quatenùs æquitas, & ratio justitiæ patitur; æquum autem non est, ut talem pœnã imponat, nisi cum moderatione, quã nostra resolutio admittit.

Ad quartum denique respondetur quanvis secundùm jus naturæ apponi possit pœna conventionalis in 195

contractu censuali, & in quovis alio, quæ solvenda sit ultra id, quod aliàs ex ipso contractu debetur, ut nostra etiam sentétia fatetur; attamen eam pœnam debere esse moderatam, & proportionatam culpæ; & ideò quando omnibus consideratis pœna commissi fuerit excessiva, & immoderata illicitum esse pactum de illa, nisi excessus compensetur. Ad confirmationem dico, pœnā commissi non extendi in emphyteusi ad amissionem melioramentorū, quæ notabiliter excedant valorem rei, & pensionum non solutarum: nam licèt generaliter verum sit, quòd emphyteuta sua culpa expulsus ob non solutam pensionem amittit melioramenta, seu expensas in eis factas, simul cum ipsa re emphyteutica, ut communiter tradunt Doctores ex *l. 2. C. de jure emphyteutico*, ibi, *Nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis, & cat.* attamen hoc intelligitur de melioramétis consuetis, quæ emphyteuta expresse, aut tacitè secundùm naturam contractus tenebatur efficere in prædio, quæ omnia consistunt in cultura, & plantatione, non autem de melioramentis alterius rationis, & maioris momenti, ut si emphyteuta domos ædificarit, vel mansiones rusticas magnis sumptibus, aut molendina, similiavè fecerit: hæc enim secundùm juris mentem nō amittuntur, ut relatis alijs, tradunt Pinelus *in l. 2. C. de rescindenda venditione*, *part. 2. cap. 3. n. 9.* & Valascus *de jure emphyteutico, q. 25. num. 3.* ubi affirmat se ita vidisse judicatum in Senatu regio: & hanc sententiam dicit esse veram, & æquitati consonam, ne dominus tanta emphyteutæ jactura locupletetur; quod nostram quoque sententiam confirmat, quatenùs tenet non posse adjici pœnam commissi in contractu censuali, quando omnibus inspectis, ea pœna fuerit excessiva.

196 Deinde quod attinet ad secundam sententiam constat esse falsam, quatenùs absolutè negat posse hanc pœnam imponi; cum ostensum sit oppositum, quando res non multùm excedit interesse censuistæ. Atque ad duo priora ejus fundamenta, satis ibidem responsum est. Ad ultimum verò respondemus, solùm probare dari injustitiam in pacto commissi, quando res censita multùm excedit valorem Census, & pensionum, pro quibus culpabiliter non solutis ea pœna constituitur, quod nos etiam fatemur. Ad confirmationē dicendum etiam in pignoribus posse licitè, ac validè secundùm jus naturale (prout hîc loquimur) adjici pœnam commissi, quando valor pignoris non multùm excederet debitum, pro quo intra certum terminum solvendo datum est: & solùm quando pignus esset longè maioris æstimationis, eam pœnā censeri injustam, & excessivam, nisi excessus compensetur, quemadmodum in Censu dictum est. Imò verò addo, quod fortè spectato etiam jure positivo, *in dicto cap. significante, de pignoribus*, & similibus juribus, ejusmodi pœna non prohibetur; nam, ut tenet Navarrus *in manuali, cap. 17. num. 204. & 217.* cum Panormitano, Sancto Antonino, Sylvestro, & alijs, iura illa non prohibent pactum commissi in pignoribus, quando non in lucrum creditoris, sed in pœnam debitoris sit pactum, ut debitore intra terminum constitutum non solvente, pignus sit venditum justo pretio; quod gravamen injustum esset, nisi apponeretur in pœnam moræ, vel aliqua ratione compensaretur: & hanc sententiam probat etiam Molina *tomo 2. disp. 324. n. 4. fine.*

Constat denique, falsam esse tertiam sententiam, quatenùs tenet, non licere pactum commissi, nisi gravamen quod per illud imponitur, sufficienter compensetur; nam gravamen, quod in pœnam moræ constituitur, non indiget compensatione ad hoc, ut justificetur, sed satis est quod sit proportionatum culpæ, & negligentiæ, quæ puniri intenditur. Quando omnibus consi- 197

consideratis, ea pœna censeretur excessiva, tunc admittimus opus esse aliqua compensatione, quantum satis sit, ut pœna mitigetur, & proportionetur culpæ, non autem ut omninò tollatur, & totum gravamen ex æquo compensetur. Et hoc tantum probat fundamentum pro ipsa tertia sententia adductum, ut consideranti erit manifestum. Quod si dictum pactum commissi appositum non sit in pœnam moræ, vel censuarius pensiones non solvens in mora propria non sit, quia inculpabiliter non solvit, tunc omninò fatendum est cum Authoribus tertiæ sententiæ, non licere pactum illud apponi, aut executioni mandari, nisi gravamen per illum impositum ex æquo compensetur; siquidem tunc cessat titulus pœnæ conventionalis, quo secluso justificari non potest illud gravamen absque cõpensatione, ubi nulla gratuita largitio intervenit, quæ non præsumitur, nec à nobis hîc consideratur.

SECTIO DUODECIMA.

De recognitione Census, & nonnullis obligationibus, quæ illam sequuntur, quando res censita ad tertium possessorem devenit.

SUMMARIUM.

Quid sit recognitio Census, & an ille qui possessionem rei censitæ assequitur, teneatur talem recognitionem facere? num. 198.

Non tenetur talis possessor dictam recognitionem facere, sed vel recognoscere dominum Censûs, vel rem censitam illi dimittere. 199.

Qui succedit in possessionem rei censitæ, tenetur etiam solvere pensiones antea decursas, quas prædecessor non solvit. num. 200.

Hoc tamen intelligitur, nisi sit successor particularis, & censuista fuisset negligens in exigendis pensionibus à prædecessore. num. 201.

In electione autem censuistæ est agere pro dictis pensionibus decursis, vel adversus prædecessorem, aut illius hæredes; vel adversus actualem possessorem rei censitæ, & conducibilius est, ut potiùs agat adversus possessorem. ibidem.

Ipsi autem possessori eas pensiones solventi ceditur actio adversus prædecessorem, vel ejus hæredes. ibidem.

Quando non constat de titulo primordiali Census sufficit dicta recognitio ad hoc, ut possessor, qui recognovit, & alij, qui ab eo causam habent, censuali obligatione inposterum teneantur. n. 202.

Hoc tamen intelligitur nisi post factam recognitionem constet rem esse liberam. num. 203.

Contra probationem tituli ex recognitione resultantem admitti potest probatio. ibidem.

Utrùm recognitio facta ab uno possessore noceat similiter successoribus, qui causam ab illo non habent? ibidem.

Utrùm recognitio virtualis noceat similiter possessori recognoscenti, & ijs, qui ab illo causam habuerint? n. 204.

Utrùm quando res censita devenit simul ad plures possessores, qui Censum recognoverunt, & postea unus ex eis Censum emit à domino illius, possit talis possessor exigere pensionem à cæteris possessoribus rei? num. 205.

Dicitur fieri recognitio Census, quando re censita in tertium possessorem translata, sive titulo emptionis, sive donationis, aut aliquo alio, talis possessor dominum Cēsus recognoscit, faciendo illi novum titulum, quo se obligat, aut obligatum profitetur ad pensionem illi solvendā. Primò igitur quærimus, utrùm talis possessor teneatur hanc recognitionē facere? 198

facere? Communis, & vera resolutio est affirmativa, quam tradunt Salicetus *in l. finali, C sine censu, col. 1. vers. item nota*, Valascus eum referens *q. 32. de jure emphyteutico, n. 14.* Covar. qui magis id supponit *lib. 3. variarum, cap. 7. sub num. 6. §. hinc etiam deducitur,* Molina *disp. 383. n. 13.* & alios referens Solís *lib. 3. de Censibus, cap. 6. n. 1.* Ratio est manifesta; siquidem obligatio rei censitæ pro pensione solvenda cum ipsa re transit in quemcumque possessorem, etiam particularem, & in illum redundat, qui proinde necessariò manet debitor pensionis, quandiù rem possidet, opusque est, ut dominum Census tamquam verum creditorem recognoscat: unde ad novum titulum ei faciendum cogi potest.

199 Optimè autem advertit Solís *proximè citatus*, non teneri simpliciter, ac determinatè ejusmodi possessorem ad hunc titulum censuistæ faciendum, pensionemque solvendam, sed, vel ad faciendam hanc recognitionem, vel, si malit, ad dimittendam rem censuistæ, quod bene probat *ex l. & si forte, §. etiam, ff. si servitus vendicetur,* ibi, *Hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere, scribit, & ex l. filiusfamilias, §. apud Marcellum, ff. de legatis 1.* ubi is, cui legatum est aliquod prædium, cum onere solvendi ex eo aliquid annuum, relinquendo ipsum prædium creditori, liberatur. Unde Navar. *commentario de usuris, sub num. 115. q. 19.* & Azor *3. part. lib. 1. cap. 6. q. 7.* absolutè docent integrum esse censuario rem censitam derelinquere domino Census, & sic ab omni censuali obligatione se liberare, & Tiraquellus *de retractu linagier. §. 1. glos. 6. in fine*, absolutè statuit cum Baldo *in l. creditor 2. ff. si certum petatur*, quod si onus quodpiam reale est habens originem principaliter à re ipsa, debitor liberatur cedendo eam rem creditori. Et ratio est, quam ipse Tiraquellus superiùs attigerat, quia qui obligatur aliquid præstare ex reditibus certæ rei præcisè, non tenetur ultra quam ex illa percipitur; & ideò si velit eam relinquere creditori, liberatur.

Quæritur secundò, utrùm novus possessor rei censitæ, qui Censum recognovit, teneatur, & possit cogi solvere pensiones, etiam tempore præterito decursas, quas prædecessor non solvit? Respondetur affirmativè ex cõmuni sententia, quam tradunt Caldas *de extinctione emphyteusis, cap 3. n. 23.* Petrus Follerius *tract. de Censibus, verbo, Hujusmodi Census, super rebus, n. 97.* & alios referens Solís *dicto cap. 6. n. 3.* Fundamentum est, quia obligatio ad pensiones censuales est onus rei censitæ, quod illam semper comitatur, in quemcumque possessorem deveniat. Unde cum tale onus, & obligatio, in ipsum rei possessorem redundet, consequens est, ut hic pro pensionibus etiam præteritis nondum solutis teneatur, & conveniri possit. Confirmatur, quia simili de causa novus successor in beneficio pensione aliqua onerato, conveniri potest pro pensionibus decursis tempore prædecessoris, & nondum solutis, ut resolvunt Navarrus *lib. 3. consiliorum tit. de solutionibus, consil. 1. num. 4.* dicens ita habere stilum Curiæ, *& consil. 2. n. 3. & 5.* Valascus *de jure emphyteutico, q. 17. n. 18.* Caldas Pereira *de extinctione emphyteusis, cap. 4. n. 4.* August. Barb. *lib. 3. juris Eccles. c. 11. n. 70.* Rota Romana *in multis decisionibus*, quas refert idem Barbosa *num. 73.* & multi alij, quos citati Authores referunt. 200

Bene autem hanc resolutionem limitant Follerius, & Solís *supra*, & Caldas *dicto cap. 3. n. 24.* nisi censuista negligens fuisset in exigendis pensionibus à prædecessore novi successoris particularis, ut etiam de pensionibus beneficialibus tradit Rota in dictis decisionibus à Barbosa relatis: & ratio est, quia quando pensionarius negligen- 201

gligenter se gessit in illis pensionibus exigendis, sibi debet imputare quòd sibi non fuerint solutæ: neque rationi consentaneum est, ut ejus negligentia circa prædecessorem particulari successori noceat. Illud etiam notandum in electione pensionarij, qui negligens non fuit, esse agere pro prædictis pensionibus, vel adversus possessorem actualem, vel adversus pra decessorem, aut ejus hæredes, ut loquendo de pensionibus beneficialibus, tradunt, relatis multis alijs, Navarrus, Valascus, & August. Barbosa *locis citatis*, & Rota in quadam decisione, quam refert Barbosa *n.* 72. ubi ex alijs advertit conducibilius esse pensionario, quòd potiùs agat contra possessorem beneficij, quàm contra hæredem prædecessoris defuncti; quia contra possessorem procedit executivè, contra hæredem autem prædecessoris agere non potest, nisi servato juris ordine. Præterea notant ijdem Authores, videlicet Navarrus *dicto cons.* 2. *n.* 3. *&* 5. Barb. *dicto num.* 72. referens Joannem Andream, Geminianum, & alios, & Valasc. *dicta q.* 17. *n.* 22. quòd in casu, quo pensionarius agat contra successorem, remanet, aut ceditur actio eidem successori contra prædecessorem, aut ejus hæredes, ad recuperandum ab eis pensiones, quas loco prædecessoris solvit.

202 ☞ Quæritur tertiò, an quando non apparet, nec constat de titulo primordiali, atque originaria constitutione Census, satis sit dicta recognitio, ut possessor, qui recognovit, & qui ab eo causam habuerit, censuali obligatione in posterum teneatur? Resolutio affirmativa videtur communis, quam tradit Mascard. *de probation. concl.* 604. *à n.* 35. ubi docet sufficere quod possessor semel solverit pensionem cum dicta recognitione, qua confessus sit se teneri ad èam pensionem quotannis solvendam ex tali re, ut ipsa res censeri debeat Censui subjecta, & successor ad pensionem in posterùm solvendam cogi possit: idque probat ex textu, quem dicit affabre ad hoc factum, *in l. censualis* 7. *C. de donationibus*, Idem tradit, quanvis non ita distinctè. Solís *lib.* 3. *de Censibus*, *cap.* 6. *n.* 4. & plures alij, quos refert. Citari etiam potest Valascus *de jure emphyteutico q.* 9. *n.* 18. ubi loquens de expressa recognitione in instrumento, qua Emphyteuta dominum directum recognoscit, dicit, magis receptam esse in praxi opinionem, ut ex sola simplici recognitione probetur dominium, tam adversus recognoscentem, quàm adversus tertium possessorem. Et infra §. *sed confestim* affirmat, si recognitio facta sit ab eo, qui rem possidebat, tamquàm illius dominus, probari ex tali recognitione dominium directum adversus ipsum recognoscentem, & quoscumque alios, quod pari modo procedit in recognitione Census. Et ratio videtur esse, quia confessio nocet ipsi confitenti, & regulariter cæteris, qui ab eo titulum, & causam habent.

Quod si facta recognitione, constet rem esse liberam, nullamvè fuisse originariam constitutionem Census super illa, tunc nullius momenti erit recognitio à possessore facta, eaque nõ abstante, poterit possessor pensionem denegare, ut bene ex alijs advertit Solís citatus, & tradit de recognitione Emphyteusis Valascus *dicto* §. *sed confestim*, quia recognitio non fit animo disponendi de novo, nec est verus titulus, sed solùm probationem, seu præsumptionem inducit. *l. Publia*, §. *final. ff. depositi. l. generaliter, Cod. de non numerata pecunia*: præsumptio autem cessat, ubi de veritate constat. Unde contra probationem ex recognitione resultantem, admitti posse probationem, resolvit Menoch. *cons. n.* 89. *& seqq. volum.* 1. Si quæras, utrùm dicta recognitio ab uno facta noceat etiam successori, qui ab eo titulum, & causam non habet? Videtur affirmare Guido

Papo

Pape *decis.* 272. & Valasc. *supra*, dum indistinctè asserunt recognitionem cuilibet tertio possessori nocere. Oppositũ tamen tamquàm probabilius resolvit Solís *supra*, ex Baldo *in dicta l. censualis, & in l. si functiones, C. de donationibus*, Alciato, Menoch. & alijs.

104 Hæc omnia procedunt de recognitione formali, & expressa. Utrùm verò, etiam recognitio virtualis, & tacita (qualis est, cùm quis emit rem à venditore, qui dicit, & protestatur esse oneratam Censu) noceat similiter possessori, qui Censum ita recognovit, & ijs, qui ab eo causam habent? In utramque partem sunt opiniones, & gravissimi Authores. Verior autem videtur pars, quæ negat, quam tuetur Guido Pape *decis.* 24. Follerius *de Censibus, in dicto verbo, Hujusmodi Census super rebus, n.* 98. & cum alijs Solís *sup. n.* 5. *in fine.*

105 Quæritur quartò, utrùm quando res censita simul devenit ad plures possessores, qui Censum recognoverunt, & postea unus ex eis, ipsum Censum emit à domino illius, possit talis possessor exigere pensionem à cæteris possessoribus rei, dempta parte, quæ ipsi respondebat? Hanc enim partem certum est exigere non posse; nam licet quilibet talium possessorum conveniri posset in solidum à priori domino Census, tamen hic emptor, ac novus dominus, repelli potest pro ea parte, exceptione actionum cedendarum adversus illum. Ad quæstionem igitur, quoad alias pensionis partes, respondet ingeniosè Solís *lib.* 3. *de Censibus, cap.* 2. *n.* 10. Si inter illum possessorem, & dominum Census intercessit propria emptio ipsius Census, cessis in eum emptorem omnibus juribus, & actionibus, quæ venditori competebant; quemadmodùm, si cuivis alteri Census venderetur, tunc posse talem possessorem pensionem à cæteris exigere, quia utitur jure venditoris in ipsum cesso: unde quemadmodùm venditor antea habebat Censum, & poterat reditus exigere ab illis possessoribus, sic etiam iste possessor, posteaquàm Censum emit. Si autem non in forma propriæ emptionis, sed redemptionis, & distractus, negotium gestum est, tunc non posse illum possessorem reditus exigere, quia per redemptionem extinctus omninò est Census. Unde monet idem Author consulendum esse ijs, qui simul cum alijs ad censualem præstationem tenentur, ne cupientes eo nexu liberari, Censum redimant, sed illius emptionem, cessionemque obtineant.

SECTIO DECIMATERTIA.

De redemptione, & extinctione Census: ubi obiter de restitutione, ad quam tenetur, qui Censum emit minoris justo?

SUMMARIUM.

Quibus modis possit extingui Census? num. 206.

Census irredimibiliter constitutus, si partes postea conveniant, ut redimatur, debet redimi pretio currenti eo tempore, quo redimitur. n. 207.

Et idem dicendum est de constituto irredimibiliter, si tempore, quo fuit constitutus, non fuit simul constitutum pretium redemptionis. n. 208.

Quod tamen intelligitur, secundùm rei naturam, seclusa quavis dispositione juris positivi, aut contraria intentione contrahentium. ibidem.

Si Census fuit constitutus redimibiliter, pacto simul pretio redemptionis; standum est tali pacto, ac pretio in eo constituto, eodem n. 208. *fine.*

Quando constituitur, & venditur Census redimibilis ex parte solius venditoris, possunt

Varijs modis potest extingui Census: nimirum, aut per extinctionem, vel sterilitatem rei, in qua est collocatus, aut per lapsum ipsius temporis, quando est temporarius: aut per liberam remissionem, seu donationem censuistæ cedentis jure suo; aut quia res Censui obligata transit quoad dominium in ipsum censuistam, sive ex pacto commissi, sive titulo emptionis, vel aliquo alio: aut ob præscriptionem adversus ipsum censuistam: aut denique per redemptionem. Circa hanc nonnullæ difficultates à nobis in præsenti sunt expediendæ: in sequenti verò sectione, de præscriptione dicemus. Quæ autem circa cæteros extinctionis modos dici possent, ex supra dictis, *sect. 6. & 9. §. 3.* petenda sunt. 206

Prima ergo difficultas circa redemptionem Census est, utrùm redimendus sit eodem pretio, quo fuit emptus, vel possit redimi maiori, aut minori? Quæ difficultas, vel potest procedere de Censu irredimibiliter constituto, quando partes postea cõveniunt, ut redimatur; vel de cõstituto redimibiliter. Si loquamur de priori, di- 207

I cendum

cendum citra dubium est, redimi debere pretio currenti tempore redemptionis, sive tale pretium sit maius, sive minus, sive æquale cum eo, quo fuit emptus. Ratio est aperta, quia justum pretium cujuscumque rei non est, quo illa aliquando fuit empta, sed quod currit, seu quo æstimatur, quando actualiter venditur statim tradenda.

208 Si autem loquamur de Censu constituto redimibiliter, considerandum ulterius est, an statim pacti fuerint contrahentes de pretio redemptionis, vel solùm, quòd Census posset redimi, non determinando pretium? Si hoc posteriori modo pacti sint, redimendus est Census juxta valorem, ac pretium quod habet tempore redemptionis, licet tale pretium sit diversum ab illo, quo emptus fuit, ut satis constat ex ratione supra assignata, pro Censu irredimibili. Hoc verò intelligi debet, secundùm rei naturam, seclusa quavis lege positiva, aut contraria intentione contrahentium; quod addo, quia in Bulla Pij V. *de creandis Censibus*, expresè statuitur, ut Census redimibiles ex parte venditoris, (qui soli in illa Bulla permittuntur) redimi, & extingui possint eodem pretio, quo fuerunt constituti: & seclusa etiam hac Bulla, contingere potest mentem contrahentium cum dicto pacto redemptionis fuisse; ut Census redimi posset eodem pretio; in quo eventu non est maiori redimendus, si modo pretium emptionis justè fuit constitutum, habito respectu ad valorem Census sub tali onere redemptionis pro eodem pretio, juxta ea, quæ infra subjiciam. Si verò sint pacti priori modo standum est pacto, ac pretio justè in eo constituto.

209 Difficultas verò non levis est, quodnam pretium justè possit constitui in eo pacto? Qua in re, loquendo de Censu redimibili ex parte solius venditoris, sit Prima assertio. Justè cōstitui potest, ut talis Census redimatur eodem pretio. Est communis sententia, quam approbat communis praxis, & Bulla Pij V. *nuper citata*. Ratio verò est, quia vendens cum pacto, ut possit redimere eodem pretio, id tantùm agit, ut sibi liceat contractum postea rescindere; unde quando postea redimit, non facit contractum emptionis, sed distractum, dissolvendo tantùm priorem emptionem, quod fit, ac licitum est, reddito eodem pretio, quo res fuit empta, nullo habito respectu ad maiorem, vel minorem valorem, quem tunc habet.

Secunda assertio. Justè etiam, ac licitè, secundùm jus naturæ, potest constitui, ut dictus Census redimatur maiori pretio. Hanc admittit Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis, quæst. ultima à vers. mihi tamen non videntur*, Molina *disp.* 391. *num.* 11. & alij. Probatur, & declaratur primo, quia quando ejusmodi Census emitur, datur emptori cum onere revenditionis, cum quo minus valet, quam si absque ullo onere revenditionis emeretur, quando autem redimitur, redditur venditori sine ullo onere: ergo justè, ac licitè potest constitui, ut maiori pretio redimatur, quam quo emitur, tanto scilicet maiori, quanti onus revendendi emptori impositum æstimatur. Secundò, quia justum pretium hujus Census, seclusa lege taxante, non consistit in indivisibili, sed habet latitudinem infimi, medij, & summi: ergo licitè potest emi pretio infimo, cum pacto, ut si venditor redimere velit, redimat pretio summo. Nam cùm utrumque sit pretium justum, non est injustus, qui emit infimo, & non vult revendere, nisi summo. Confirmatur, quia quando appositum est pactum redimendi maiori pretio, dantur duo contractus emptionis, & venditionis: alter, quādo Cēsus emitur cum onere revendēdi, alter quādo rursus ab emptore revenditur: nihil vetat quo-

quominùs modo possim emere pretio infimo, & postea, celebrando alium contractum, revendere eandem rem pretio summo, aut medio: unde consequens est, ut statim quando rem emo pretio infimo, pacisci possim de revendédo pretio summo; nam pacta, quæ divisim sunt licita, & se mutuo non destruunt, simul etiam iniri possunt. Tertiò, quia contingere potest, ut speretur plus esse valiturum Censum tempore redemptionis, quàm valet tempore emptionis: ergo ex hoc etiam capite potest in tali eventu constitui, ut redimatur maiori pretio juxta proportionem maioris valoris, quem tunc habebit. Quas omnes rationes, & causas augendi pretium redemptionis latius expendimus, & prosecuti sumus *disp. 7. de emptione, & venditione. sect. 1. q. 4.* agendo generaliter de pacto, & pretio retrovenditionis in quavis materia, & inde plura ad maiorem traditæ assertionis explicationem, & confirmationem peti possunt.

211 Tertia assertio. Licitè etiam, secundùm jus naturæ, potest apponi pactum, ut dictus Census redimi possit minori pretio. Hanc, loquendo generaliter, de quavis re vendita cum pacto de retro, admittit Less. *libro 2. cap. 21. dubit. 14. num. 116. fine*; quando constiterit, rem minùs valituram tempore redemptionis. Cæterum etiam extra hunc casum, qui rarò, aut nunquã continget in Censibus, justificari posse hoc pactum, non difficilè ostenditur; quia esto Census noc credatur minùs secundùm se valiturus tépore redemptionis, imò verò, attento quòd revendetur absq; ullo onere, pluris tunc æstimari debeat, quã cùm primò emitur cum onere revenditionis; tamé ita potest attemperari pretium emptionis, ut non solũ possit justè apponi pactum redimendi eodem pretio, sed etiam minori: quod ita declaro. Ponamus quod volo emere à te Censum mille aureorum in singulos annos in perpetuum: si hunc Censum vendas, secluso quovis pacto redimendi, justum ejus pretium erit triginta mille aureorum. Si autem illum vendas cum pacto, ut possis cum redimere pretio currenti tempore redemptionis, debes pro tali onere, quod mihi imponis, illum revendendi, detrahere à pretio illo sex mille aureos, si tanti onus illud æstimatur. Si verò eum vendas cum pacto redimendi eodem pretio, ut cõmuniter vendi solet, justum erit pactum, si propter maius onus detrahas decem mille aureos, ita ut illum mihi vendas viginti mille aureis, cõmuniter enim hoc pretium censetur justum, quando tale onus imponitur, nam propter ejusmodi onus minui potest, & solet tertia pars pretij, quo res aliàs æstimatur. Si deniq; eundem Cẽsum vendere velis, cum pacto ut possis eum redimere quindecim mille aureis, justè hoc maius onus compensabis vendendo illum sexdecim mille aureis, & ita habemus intentum.

Probo assumptum, nam si vendendo cum onere, ut possis redimere viginti mille aureis, justè compensas totum hoc onus reducendo pretium triginta mille aureorum ad viginti millia, remittendo pro illo onere decem millia, profectò si onus augeas, paciscendo, ut possis redimere pro quindecim mille, justè hoc oneris augmentum compensabis, remittendo ampliùs quatuor millia, & reducendo totum pretiũ ad sexdecim millia, quia ut sufficiẽter cõpensetur nova obligatio, quã suscipio descendendi in revenditione à viginti ad quindecim, opus non est, ut in véditione descédas similiter à viginti ad quindecim, remittédo quinq; pro quinque, quia cũ non sit certũ, quod postea voles talem Censum redimere, imò valde incertum; siquidem rarò ejusmodi Cẽsus redimuntur, manet simpliciter incertum, quod ego aliquando tibi remittã in revenditione illa quinque millia: quinq; auté adeò incerta non tanti æstimantimantur 212

illicitum, & reprobatum in jure, quòd aliquid subjiciatur pignori, sub pacto commissi, ut scilicet non soluto debito intra aliquod tempus, pignus cedat creditori loco debiti non soluti, ut constat *ex cap. significante, de pignoribus, & ex l. 1. & ultima, Cod. de pactis pignorum, & ex jure Lusitano lib. 4. Ordinat. tit. 56.*

191 Tertia sententia media inter præcedentes docet, licitum esse, hoc pactum, si onus, quod per illud imponitur, Censuario sufficienter, aucto pretio Census prudentis arbitrio compensetur, aliàs verò esse iniquum. Ita docet Valascus non satis sibi ipso cohærens, *quæst. 32. de jure emphyteutico, num. 12.* Solís *lib. 1. de Censib. cap. 10. n. 12. vers. quoniam vitium*, Less. *lib. 2. cap. 22. dubit. 11. n. 68.* & eum sequens Filliucius *tomo 2. tract. 33. part. 2. n. 273.* Hæc sententia quoad secundam partẽ probatur à citatis Doctoribus, ultimo fundamento pro præcedenti sententia adducto. Quoad primam verò partem illam probant facili ratione; quia si onus, quod per illud pactum imponitur sufficienter compensetur, omnis inæqualitas, & injustitia tollitur; ergo non est cur pactum sic appositum injustum, aut illicitum censeatur, si tantùm jus naturæ spectetur. Confirmatur exemplo pignoris, quia licet absolutè reprobetur pactum commissi in pignore, tamen non est illicitum, nec reprobatũ si fiat ea lege, ut res pignori data fiat creditori justo pretio, si debitum intra constitutum tempus non solvatur, ut expresè admittit jus Lusitanum *dicto tit. 56. lib. 4. Ord.* & tradit Pinelus *Rubrica C. de rescindenda venditione, 2. part. cap. 1. n. 26. ad finem* Caldas Pereira *in l. si curatorem, verbo, sua facilitate, n. 95.* Tiraquel. *de retractu conventionali ad finem tituli, n. 136.* & plures alij, quos citat, & sequitur Solís, *dicto num. 12.* Quod ea ratione justificatur, quia adhibita compensatione justi pretij pro onere amittendi rem, omnis inæqualitas, & injustitia tollitur; ergo similiter in præsenti licitum erit pactum commissi, si ejus onus sufficientur compensetur.

Omnes hæ sententiæ mihi videntur continere aliquid falsum, nec reperio, qui hac in re scopum attigisset veritatis, præter Molinam, *disp. 390. n. 25.* cum quo duo pronunciata statuenda sunt, ex quibus quid nobis in præsenti difficultate tenendum sit, & in quo præfatæ sententiæ à vero aberraverint, manifestum fiet. Primum est, justum, ac licitum esse secundùm jus naturæ adjici pactum contractui censuali, quo censuarius obligetur ad aliquid in pœnam amittendum, aut solvendum censuistæ, ultra id, quod aliàs ei debet, si pensiones tempore constituto culpa sua non solvat. Hoc pronunciatum admittit etiam Medina *loco citato pro secunda sententia, in dicto §. quantum ad secundum, in fine*, & constat ex ultimo fundamento pro prima sententia adducto, atque ex generali doctrina, quæ tenet in quovis contractu valido constitui posse pœnam, quam debitor morosus teneatur solvere, sive ante, sive post judicis condemnationẽ, juxta varias opiniones, & modos talẽ pœnam constituendi; nec dubium quin possit in pœnam constitui aliquid solvendum supra id, quod creditoris intererat, impletum esse contractũ; cum non pro interesse, sed pro culpa non impleti contractus hæc pœna imponatur. Secundum est, hanc pœnam debere esse moderatam, & proportionatam culpæ. Nam quemadmodùm hoc in pœna legali, & judiciali requiritur, ita etiam in conventionali, ut præter Molinam citatum, tradit etiam Less. *lib. 2. cap. 20. dubit. 15. n. 133.* neque enim justũ est, ut pœna excedat proportionem culpæ. Unde jure Lusitano, *dicto tit. 56. in principio.* hæc regula negativa pro pœnis conventionalibus præscribitur, ut scilicet pœna non excedat valorem, seu æstimationem rei

rei, aut operis, ob quod præstandum imponitur; alioqui invalida sit quoad excessum; idque sive imponatur tota simul, sive per partes, ut si non implenti contractum certo die imponas solvendos tres aureos, & differenti ulterius implere per mensem, alios tres aureos, & cæt. ita quod possit tota pœna æquare æstimationem rei ad quam debitor tenebatur, non autem excedere.

193 His ita constitutis, nostra resolutio est. Si res Censui subjecta non multum excedat valorem Census, & pensionum trium annorum, licitè potest adjici pactum, ut non solutis per triennium pensionibus culpa censuarij, talis res incidat in commissum, & cedat domino Census, tam in pœnam illius culpæ, quàm in compensationem Censûs, qui extinguetur, & pensionũ, quæ solutæ non sunt, ita ut quod res plus valet, quam Census, & pensiones illorum annorum, amittatur in pœnã; reliquum verò cedat in compensationem pro interesse Censûs, & illarum pensionum. Secùs verò, si res nimium excedat valorem Censûs, & pensionũ illorum annorum, ut si excessus superet valorem talium pensionum. Tota resolutio constat ex pronunciatis proximè constitutis; quia si valor rei non multum excedat Censum, & pensiones non solutas, pœna commissi erit moderata, & proportionata culpæ, & ideò licitè, ac validè secundum rei naturam apponi potest. Si autem nimiũ excedat, ita ut excessus superet valorẽ illarum pensionum, erit pœna excessiva, & injusta; & ideò non poterit apponi, nisi excessus sufficienter aucto pretio, vel alia ratione, compensetur.

194 Et hinc facilè apparet, in quo priores sententiæ à verò aberrent, & quid ad earum fundamenta respondendum sit. Imprimis enim constat, primam esse falsam, quatenùs vult posse licitè apponi pactum commissi, quantumcunque res censita excedat valorem Census, & pensionum non solutarum. Quare ad primum ejus fundamentum petitum *ex l. 68. Tauri*, dicimus eam legem quatenùs approbat pactum cõmissi, etiam quando ea pœna est magna, & excessiva, communiter reputari injustam, & ideò minimè servari in praxi. Ad secundum desumptum ex Bulla Nicolai V. respondeo, licet in ea Bulla generaliter approbetur pactum commissi in Censibus, id intelligi, servatis servandis, ut scilicet talis sit Census, & pro tot pensionibus non solutis ea pœna imponatur, ut omnibus consideratis non sit pœna excessiva, sed moderata, & proportionata culpæ, vel, si excessiva sit, talis excessus justo pretio compensetur. Ad tertium respondetur, esse diversam rationem in Censu reservativo; nam cùm ipse censuista ejusmodi Censum constituat super sua propriare, concedendo eam censuario, quoad totum dominium, cum onere, ut sibi quotannis certam pensionem solvat, nihil obstat quominùs illum cum tali pacto, & cõditione constituere possit, ut si censuarius pensionem aliquo anno non solvat, res ad ipsum revertatur, nam rem suam quilibet potest concedere cum quacumque conditione, qua non impleta, res ammittatur, vel etiam pro non concessa habeatur: at verò Census consignatiuus constituitur à censuario super re, quæ neque quoad dominium directum, neque quoad utile à cẽsuista proficiscatur, sed quæ est propria ipsius censuarij, à quo pro justo pretio obligatur censuistæ ad pensionem annuam: & ideò non potest censuista eam subjicere pœnæ commissi, nisi ex conventione cum censuario, quatenùs æquitas, & ratio justitiæ patitur; æquum autem non est, ut talem pœnã imponat, nisi cum moderatione, quã nostra resolutio admittit.

195 Ad quartum denique respondetur, quanvis secundùm jus naturæ apponi possit pœna conventionalis in con-

contractu censuali, & in quovis alio, quæ solvenda sit ultra id, quod aliàs ex ipso contractu debetur, ut nostra etiam sentētia fatetur: attamen eam pœnam debere esse moderatam, & proportionatam culpæ; & ideò quando omnibus consideratis pœna commissi fuerit excessiva, & immoderata illicitum esse pactum de illa, nisi excessus compensetur. Ad confirmationem dico, pœnā commissi non extendi in emphyteusi ad amissionem melioramentorū, quæ notabiliter excedant valorem rei, & pensionum non solutarum: nam licèt generaliter verum sit, quòd emphyteuta sua culpa expulsus ob non solutam pensionem amittit melioramenta, seu expensas in eis factas, simul cum ipsa re emphyteutica, ut communiter tradunt Doctores ex *l. 2. C. de jure emphyteutico*, ibi, *Nulla ei in posterum allegatione nomine meliorationis, & cæt.* attamen hoc intelligitur de melioramētis consuetis, quæ emphyteuta expresè, aut tacitè secundùm naturam contractus tenebatur efficere in prædio, quæ omnia consistunt in cultura, & plantatione, non autem de melioramentis alterius rationis, & maioris momenti, ut si emphyteuta domos ædificarit, vel mansiones rusticas magnis sumptibus, aut molendina, similiavè fecerit: hæc enim secundùm juris mentem nō amittuntur, ut relatis alijs, tradunt Pinelus *in l. 2. C. de rescindenda venditione, part. 2. cap. 3. n. 9.* & Valascus *de jure emphyteutico, q. 25. num. 3.* ubi affirmat se ita vidisse judicatum in Senatu regio: & hanc sententiam dicit esse veram, & æquitati consonam, ne dominus tanta emphyteutæ jactura locupletetur; quod nostram quoque sententiam confirmat, quatenùs tenet non posse adjici pœnam commissi in contractu censuali, quando omnibus inspectis, ea pœna fuerit excessiva.

196 Deinde quod attinet ad secundam sententiam constat esse falsam, quatenùs absolutè negat posse hanc pœnam imponi; cum ostensum sit oppositum, quando res non multùm excedit interesse censuistæ. Atque ad duo priora ejus fundamenta, satis ibidem responsum est. Ad ultimum verò respondemus, solùm probare dari injustitiam in pacto commissi, quando res censita multùm excedit valorem Census, & pensionum, pro quibus culpabiliter non solutis ea pœna constituitur, quod nos etiam fatemur. Ad confirmationē dicendum etiam in pignoribus posse licitè, ac validè secundùm jus naturale (prout hìc loquimur) adjici pœnam commissi, quando valor pignoris non multùm excederet debitum, pro quo intra certum terminum solvendo datum est: & solùm quando pignus esset longè maioris æstimationis, eam pænā censeri injustam, & excessivam, nisi excessus compensetur, quemadmodum in Censu dictum est. Imò verò addo, quod fortè spectato etiam jure positivo, *in dicto cap. significante, de pignoribus*, & similibus juribus, ejusmodi pœna non prohibetur; nam, ut tenet Navarrus *in manuali, cap. 17. num. 204. & 217.* cum Panormitano, Sancto Antonino, Sylvestro, & alijs, iura illa non prohibent pactum commissi in pignoribus, quando non in lucrum creditoris, sed in pœnam debitoris fit pactum, ut debitore intra terminum constitutum non solvente, pignus sit venditum justo pretio; quod gravamen injustum esset, nisi apponeretur in pœnam moræ, vel aliqua ratione compensaretur: & hanc sententiam probat etiam Molina *tomo 2. disp. 324. n. 4. fine.*

Constat denique, falsam esse tertiam sententiam, quatenùs tenet, non 197
licere pactum commissi, nisi gravamen quod per illud imponitur, sufficienter compensetur; nam gravamen, quod in pœnam moræ constituitur, non indiget compensatione ad hoc, ut justificetur, sed satis est quod sit proportionatum culpæ, & negligentiæ, quæ puniri intenditur. Quando omnibus consi-

consideratis, ea pœna censeretur excessiva, tunc admittimus opus esse aliqua compensatione, quantum satis sit, ut pœna mitigetur, & proportionetur culpæ, non autem ut omninò tollatur, & totum gravamen ex æquo compensetur. Et hoc tantum probat fundamentum pro ipsa tertia sententia adductum, ut consideranti erit manifestum. Quod si dictum pactum commissi appositum non sit in pœnam moræ, vel censuarius pensiones non solvens in mora propria non sit, quia inculpabiliter non solvit, tunc omninò fatendum est cum Authoribus tertiæ sententiæ, non licere pactum illud apponi, aut executioni mandari, nisi gravamen per illum impositum ex æquo compensetur; siquidem tunc cessat titulus pœnæ conventionalis, quo secluso justificari non potest illud gravamen absque cōpensatione, ubi nulla gratuita largitio intervenit, quæ non præsumitur, nec à nobis hîc consideratur.

SECTIO DUODECIMA.

De recognitione Census, & nonnullis obligationibus, quæ illam sequuntur, quando res censita ad tertium possessorem devenit.

SUMMARIUM.

Quid sit recognitio Census, & an ille qui possessionem rei censitæ assequitur, teneatur talem recognitionem facere? num. 198.

Non tenetur talis possessor dictam recognitionem facere, sed vel recognoscere dominum Census, vel rem censitam illi dimittere. 199.

Qui succedit in possessionem rei censitæ, tenetur etiam solvere pensiones antea decursas, quas prædecessor non solvit. num. 200.

Hoc tamen intelligitur, nisi sit successor particularis, & censuista fuisset negligens in exigendis pensionibus à prædecessore. num. 201.

In electione autem censuista est agere pro dictis pensionibus decursis, vel adversus prædecessorem, aut illius hæredes: vel adversus actualem possessorem rei censitæ, & conducibilius est, ut potiùs agat adversus possessorem. ibidem.

Ipsi autem possessori eas pensiones solventi ceditur actio adversus prædecessorem, vel ejus hæredes. ibidem.

Quando non constat de titulo primordiali Census sufficit dicta recognitio ad hoc, ut possessor, qui recognovit, & alij, qui ab eo causam habent, censuali obligatione in posterum teneantur. n. 202.

Hoc tamen intelligitur nisi post factam recognitionem constet rem esse liberam. num. 203.

Contra probationem tituli ex recognitione resultantem admitti potest probatio. ibidem.

Vtrùm recognitio facta ab uno possessore noceat similiter successoribus, qui causam ab illo non habent? ibidem.

Vtrùm recognitio virtualis noceat similiter possessori recognoscenti, & ijs, qui ab illo causam habuerint? n. 204.

Vtrùm quando res censita devenit simul ad plures possessores, qui Censum recognoverunt, & postea unus ex eis Censum emit à domino illius, possit talis possessor exigere pensionem à cæteris possessoribus rei? num. 205.

Dicitur fieri recognitio Census, quando re censita in tertium possessorem translata, sive titulo emptionis, sive donationis, aut aliquo alio, talis possessor dominum Cēsus recognoscit, faciendo illi novum titulum, quo se obligat, aut obligatum profitetur ad pensionem illi solvendā. Primò igitur quærimus, utrùm talis possessor teneatur hanc recognitionē facere? 198

facere? Communis, & vera resolutio est affirmativa, quam tradunt Salicetus *in l. finali, C sine censu, col. 1. vers. item nota*, Valascus eum referens *q. 32. de jure emphyteutico, n. 14.* Covar. qui magis id supponit *lib. 3. variarum, cap. 7. sub num. 6. §. hinc etiam deducitur,* Molina *disp. 383. n. 13.* & alios referens Solís *lib. 3. de Censibus, cap. 6. n. 1.* Ratio est manifesta; siquidem obligatio rei censitæ pro pensione solvenda cum ipsa re transit in quemcumque possessorem, etiam particularem, & in illum redundat, qui proinde necessariò manet debitor pensionis, quandiù rem possidet, opusque est, ut dominum Census tamquam verum creditorem recognoscat: unde ad novum titulum ei faciendum cogi potest.

199 Optimè autem advertit Solís *proximè citatus*, non teneri simpliciter, ac determinatè ejusmodi possessorem ad hunc titulum censuistæ faciendum, pensionemque solvendam, sed, vel ad faciendam hanc recognitionem, vel, si malit, ad dimittendam rem censuistæ, quod bene probat *ex l. & si forte, §. etiam, ff. si servitus vendicetur*, ibi, *Hanc servitutem non hominem debere, sed rem: denique licere domino rem derelinquere, scribit, & ex l. filiusfamilias, §. apud Marcellum, ff. de legatis 1.* ubi is, cui legatum est aliquod prædium, cum onere solvendi ex eo aliquid annuum, relinquendo ipsum prædium creditori, liberatur. Unde Navar. *commentario de usuris, sub num. 115. q. 19.* & Azor *3. part. lib. 1. cap. 6. q. 7.* absolutè docent integrum esse censuario rem censitam derelinquere domino Census, & sic ab omni censuali obligatione se liberare, & Tiraquellus *de retractu linagier. §. 1. glos. 6. in fine*, absolutè statuit cum Baldo *in l. creditor 2. ff. si certum petatur*, quod si onus quodpiam reale est habens originem principaliter à re ipsa, debitor liberatur cedendo eam rem creditori. Et ratio est, quam ipse Tiraquellus superiùs attigerat, quia qui obligatur aliquid præstare ex reditibus certæ rei præcisé, non tenetur ultra quam ex illa percipitur; & ideò si velit eam relinquere creditori, liberatur.

Quæritur secundò, utrùm novus possessor rei censitæ, qui Censum recognovit, teneatur, & possit cogi solvere pensiones, etiam tempore præterito decursas, quas prædecessor non solvit? Respondetur affirmativè ex cōmuni sententia, quam tradunt Caldas *de extinctione emphyteusis, cap. 3. n. 23.* Petrus Follerius *tract. de Censibus, verbo, Hujusmodi Census, super rebus, n. 97.* & alios referens Solís *dicto cap. 6. n. 3.* Fundamentum est, quia obligatio ad pensiones censuales est onus rei censitæ, quod illam semper comitatur, in quemcumque possessorem deveniat. Unde cum tale onus, & obligatio, in ipsum rei possessorem redundet, consequens est, ut hic pro pensionibus etiam præteritis nondum solutis teneatur, & conveniri possit. Confirmatur, quia simili de causa novus successor in beneficio pensione aliqua onerato, conveniri potest pro pensionibus decursis tempore prædecessoris, & nondum solutis, ut resolvunt Navarrus *lib. 3. consiliorum tit. de solutionibus, consil. 1. num. 4.* dicens ita habere stilum Curiæ, *& consil. 2. n. 3. & 5.* Valascus *de jure emphyteutico, q. 17. n. 18.* Caldas Pereira *de extinctione emphyteusis, cap. 4. n. 4.* August. Barb. *lib. 3. juris Eccles. c. 11. n. 70.* Rota Romana *in multis decisionibus*, quas refert idem Barbosa *num. 73.* & multi alij, quos citati Authores referunt. 200

Bene autem hanc resolutionem limitant Follerius, & Solís *supra*, & Caldas *dicto cap. 3. n. 24.* nisi censuista negligens fuisset in exigendis pensionibus à prædecessore novi successoris particularis, ut etiam de pensionibus beneficialibus tradit Rota in dictis decisionibus à Barbosa relatis: & ratio est, quia quando pensionarius negligen- 201

gligenter se gessit in illis pensionibus exigendis, sibi debet imputare quòd sibi non fuerint solutæ: neque rationi consentaneum est, ut ejus negligentia circa prædecessorem particulari successori noceat. Illud etiam notandum in electione pensionarij, qui negligens non fuit, esse agere pro prædictis pensionibus, vel adversus possessorem actualem, vel adversus prædecessorem, aut ejus hæredes, ut loquendo de pensionibus beneficialibus, tradunt, relatis multis alijs, Navarrus, Valascus, & Augusti. Barbosa *locis citatis*, & Rota in quadam decisione, quam refert Barbosa *n.* 72. ubi ex alijs advertit conducibilius esse pensionario, quòd potiùs agat contra possessorem beneficij, quàm contra hæredem prædecessoris defuncti; quia contra possessorem procedit executivè, contra hæredem autem prædecessoris agere non potest, nisi servato juris ordine. Præterea notant ijdem Authores, videlicet Navarrus *dicto cons.* 2. *n.* 3. & 5. Barb. *dicto num.* 72. referens Joannem Andream, Geminianum, & alios, & Valasc. *dicta q.* 17. *n.* 22. quòd in casu, quo pensionarius agat contra successorem, remanet, aut ceditur actio eidem successori contra prædecessorem, aut ejus hæredes, ad recuperandum ab eis pensiones, quas loco prædecessoris solvit.

202 Quæritur tertiò, an quando non apparet, nec constat de titulo primordiali, atque originaria constitutione Census, satis sit dicta recognitio, ut possessor, qui recognovit, & qui ab eo causam habuerit, censuali obligatione in posterum teneatur? Resolutio affirmativa videtur communis, quam tradit Mascard. *de probation. concl.* 604. *à n.* 35. ubi docet sufficere quod possessor semel solverit pensionem cum dicta recognitione, qua confessus sit se teneri ad eam pensionem quotannis solvendam ex tali re, ut ipsa res censeri debeat Censui subjecta, & successor ad pensionem in posterùm solvendam cogi possit: idque probat ex textu, quem dicit affabre ad hoc factum, *in l. censualis* 7. *C. de donationibus*. Idem tradit, quanvis non ita distinctè, Solís *lib.* 3. *de Censibus, cap.* 6. *n.* 4. & plures alij, quos refert. Citari etiam potest Valascus *de jure emphyteutico q.* 9. *n.* 18. ubi loquens de expressa recognitione in instrumento, qua Emphyteuta dominum directum recognoscit, dicit, magis receptam esse in praxi opinionem, ut ex sola simplici recognitione probetur dominium, tam adversus recognoscentem, quàm adversus tertium possessorem. Et infra §. *sed confestim* affirmat, si recognitio facta sit ab eo, qui rem possidebat, tamquàm illius dominus, probari ex tali recognitione dominium directum adversus ipsum recognoscentem, & quoscumque alios, quod pari modo procedit in recognitione Census. Et ratio videtur esse, quia confessio nocet ipsi confitenti, & regulariter cæteris, qui ab eo titulum, & causam habent.

Quod si facta recognitione, constet rem esse liberam, nullamvè fuisse originariam constitutionem Census super illa, tunc nullius momenti erit recognitio à possessore facta, eaque nō abstante, poterit possessor pensionem denegare, ut bene ex alijs advertit Solís citatus, & tradit de recognitione Emphyteusis Valascus *dicto* §. *sed confestim*, quia recognitio non fit animo disponendi de novo, nec est verus titulus, sed solùm probationem, seu præsumptionem inducit. *l. Publia*, §. *final. ff. depositi. l. generaliter, Cod. de non numerata pecunia*: præsumptio autem cessat, ubi de veritate constat. Unde contra probationem ex recognitione resultantem, admitti posse probationem, resolvit Menoch. *cons. n.* 89. & *seqq. volum.* 1. Si quæras, utrùm dicta recognitio ab uno facta noceat etiam successori, qui ab eo titulum, & causam non habet? Videtur affirmare Guido 203

Papo

Pape *decis.* 272. & Valasc. *supra*, dum indistinctè asserunt recognitionem cuilibet tertio possessori nocere. Oppositũ tamen tamquàm probabilius resolvit Solís *supra*, ex Baldo *in dicta l. censualis*, & *in l. si functiones*, *C. de donationibus*, Alciato, Menoch. & alijs.

104 Hæc omnia procedunt de recognitione formali, & expressa. Utrùm verò, etiam recognitio virtualis, & tacita (qualis est, cùm quis emit rem à venditore, qui dicit, & protestatur esse oneratam Censu) noceat similiter possessori, qui Censum ita recognovit, & ijs, qui ab eo causam habent? In utramque partem sunt opiniones, & gravissimi Authores. Verior autem videtur pars, quæ negat, quam tuetur Guido Pape *decis.* 24. Follerius *de Censibus*, *in dicto verbo*, *Hujusmodi Census super rebus*, *n.* 98. & cum alijs Solís *sup. n.* 5. *in fine.*

105 Quæritur quartò, utrùm quando res censita simul devenit ad plures possessores, qui Censum recognoverunt, & postea unus ex eis, ipsum Censum emit à domino illius, possit talis possessor exigere pensionem à cæteris possessoribus rei, dempta parte, quæ ipsi respondebat? Hanc enim partem certum est exigere non posse; nam licet quilibet talium possessorum conveniri posset in solidum à priori domino Census, tamen hic emptor, ac novus dominus, repelli potest pro ea parte, exceptione actionum cedendarum adversus illum. Ad quæstionem igitur, quoad alias pensionis partes, respondet ingeniosè Solís *lib.* 3. *de Censibus*, *cap.* 2. *n.* 10. Si inter illum possessorem, & dominum Census intercessit propria emptio ipsius Census, cessis in eum emptorem omnibus juribus, & actionibus, quæ venditori competebant; quemadmodùm, si cuivis alteri Census venderetur, tunc posse talem possessorem pensionem à cæteris exigere, quia utitur jure venditoris in ipsum cesso: unde quemadmodùm venditor antea habebat Censum, & poterat reditus exigere ab illis possessoribus, sic etiam iste possessor, posteaquàm Censum emit. Si autem non in forma propriæ emptionis, sed redemptionis, & distractus, negotium gestum est, tunc non posse illum possessorem reditus exigere, quia per redemptionem extinctus omninò est Census. Unde monet idem Author consulendum esse ijs, qui simul cum alijs ad censualem præstationem tenentur, ne cupientes eo nexu liberari, Censum redimant, sed illius emptionem, cessionemque obtineant.

SECTIO DECIMATERTIA.

De redemptione, & extinctione Census: ubi obiter de restitutione, ad quam tenetur, qui Censum emit minoris justo?

SUMMARIUM.

Quibus modis possit extingui Census? num. 206.

Census irredimibiliter constitutus, si partes postea conveniant, ut redimatur, debet redimi pretio currenti eo tempore, quo redimitur. n. 207.

Et idem dicendum est de constituto irredimibiliter, si tempore, quo fuit constitutus, non fuit simul constitutum pretium redemptionis. n. 208.

Quod tamen intelligitur, secundùm rei naturam, seclusa quavis dispositione juris positivi, aut contraria intentione contrahentium. ibidem.

Si Census fuit constitutus redimibiliter, pacto simul pretio redemptionis; standum est tali pacto, ac pretio in eo constituto, eodem n. 208. *fine.*

Quando constituitur, & venditur Census redimibilis ex parte solius venditoris, possunt

possunt contrahentes simul pacisci, ut redimatur eodem pretio, quo fuit venditus. num. 209.

Licitè etiam, secundùm jus naturæ pacisci possunt, ut redimatur maiori pretio. num. 210.

Quod etiam possint pacisci, ut redimatur maiori pretio, & quomodò id justificetur. num. 211. & seq.

Licitum etiam est pactum, ut talis Census possit redimi pretio currenti tempore redemptionis. Propter illud autem non debet descendi tantùm in pretio venditionis, quantum si talis Census venderetur cum pacto redimendi eodem pretio, vel minori. num. 213.

Quando constituitur, & venditur Census redimibilis ex parte solius emptoris, potest, ac debet statui, ut redimatur minori pretio. Quod tamen cum quadam limitatione intelligendum est. num. 214.

Quando venditur, & constituitur Census utrinque redimibilis, potest, ac debet, per se loquendo, statui, ut redimatur maiori pretio, quàm eo, quo venditur. num. 215.

An contractus, quo Census constituitur, & venditur infra justum pretium, sit usurarius, & nullus? Affirmant aliqui. num. 216.

Contraria sententia est vera in foro conscientiæ. num. 217.

Quomodò restituere debeat, qui emit Censum infra justum pretium? Proponitur prima sententia. num. 218.

Sententia Authoris. num. 219.

Excluditur fundamentum primæ sententiæ. num. 220.

Sententia Authoris procedit etiam spectata Bulla Pij V. num. 221.

Difficultas proposita n. 216. An Census constitutus pretio infra justum, censeatur redemptus pensionibus per aliquot annos integrè persolutis? Resolvitur cum distinctione. num. 222.

Vtrùm si debitor Census moriatur, relictis pluribus hæredibus debito illo oneratis, & unus eorum partem suam redimat, maneat is omninò liber quoad reliquas partes? num. 223.

Ad debita personalia defuncti, qui plures hæredes reliquit, non tenentur singuli hæredes in solidum, sed tantùm pro rata hæreditatis, quæ ad unumquemque pervenit, nisi debitum esset individuum. ibidem.

Secus autem si debita sint realia. Quamvis hoc sine controversia non transeat. num. 224.

An loco censuarij possit alius Censum redimere, & extinguere, etiam illo invito? num. 225.

Si talis redemptor contendat, ut sibi cedantur jura, & actiones, quæ competunt domino Census, repelli potest, nec Census extinguitur. ibidem.

Varijs modis potest extingui Cēsus: nimirum, aut per extinctionem, vel sterilitatem rei, in qua est collocatus, aut per lapsum ipsius temporis, quando est temporarius: aut per liberam remissionem, seu donationem censuistæ cedentis jure suo; aut quia res Censui obligata transit quoad dominium in ipsum censuistam, sive ex pacto commissi, sive titulo emptionis, vel aliquo alio; aut ob præscriptionem adversus ipsum censuistam: aut denique per redemptionem. Circa hanc nonnullæ difficultates à nobis in præsenti sunt expediendæ: in sequenti verò sectione, de præscriptione dicemus. Quæ autem circa cæteros extinctionis modos dici possent, ex supra dictis, *sect. 6. & 9. §. 3.* petenda sunt. 206

Prima ergo difficultas circa redemptionem Census est, utrùm redimendus sit eodem pretio, quo fuit emptus, vel possit redimi maiori, aut minori? Quæ difficultas, vel potest procedere de Censu irredimibiliter constituto, quando partes postea cōveniunt, ut redimatur; vel de cōstituto redimibiliter. Si loquamur de priori, di- 207

cendum citra dubium est, redimi debere pretio currenti tempore redemptionis, sive tale pretium sit maius, sive minus, sive æquale cum eo, quo fuit emptus. Ratio est aperta, quia justum pretium cujuscumque rei non est, quo illa aliquando fuit empta, sed quod currit, seu quo æstimatur, quando actualiter venditur statim tradenda.

208 Si autem loquamur de Censu constituto redimibiliter, considerandum ulterius est, an statim pacti fuerint contrahentes de pretio redemptionis, vel solùm, quòd Census posset redimi, non determinando pretium? Si hoc posteriori modo pacti sint, redimendus est Census juxta valorem, ac pretium quod habet tempore redemptionis, licet tale pretium sit diversum ab illo, quo emptus fuit, ut satis constat ex ratione supra assignata, pro Censu irredimibili. Hoc verò intelligi debet, secundùm rei naturam, seclusa quavis lege positiva, aut contraria intentione contrahentium; quod addo, quia in Bulla Pij V. *de creandis Censibus*, expressè statuitur, ut Census redimibiles ex parte venditoris, (qui soli in illa Bulla permittuntur) redimi, & extingui possint eodem pretio, quo fuerunt constituti: & seclusa etiam hac Bulla, contingere potest mentem contrahentium cum dicto pacto redemptionis fuisse; ut Census redimi posset eodem pretio; in quo eventu non est maiori redimendus, si modo pretium emptionis justè fuit constitutum, habito respectu ad valorem Census sub tali onere redemptionis pro eodem pretio, juxta ea, quæ infra subjiciam. Si verò sint pacti priori modo standum est pacto, ac pretio justè in eo constituto.

209 Difficultas verò non levis est, quodnam pretium justè possit constitui in eo pacto? Qua in re, loquendo de Censu redimibili ex parte solius venditoris, sit Prima assertio. Justè cõstitui potest, ut talis Census redimatur eodem pretio. Est communis sententia, quam approbat communis praxis. & Bulla Pij V. *nuper citata*. Ratio verò est, quia vendens cum pacto, ut possit redimere eodem pretio, id tantùm agit, ut sibi liceat contractum postea rescindere; unde quando postea redimit, non facit contractum emptionis, sed distractum, dissolvendo tantùm priorem emptionem, quod fit, ac licitum est, reddito eodem pretio, quo res fuit empta, nullo habito respectu ad maiorem, vel minorem valorem, quem tunc habet.

Secunda assertio. Justè etiam, ac licitè, secundùm jus naturæ, potest constitui, ut dictus Census redimatur maiori pretio. Hanc admittit Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis, quæst. ultima à vers. mihi tamen non videntur*, Molina *disp.* 391. *num.* 11. & alij. Probatur, & declaratur primo, quia quando ejusmodi Census emitur, datur emptori cum onere revenditionis, cum quo minus valet, quam si absque ullo onere revenditionis emeretur, quando autem redimitur, redditur venditori sine ullo onere: ergo justè, ac licitè potest constitui, ut maiori pretio redimatur, quam quo emitur, tanto scilicet maiori, quanti onus revendendi emptori impositum æstimatur. Secundò, quia justum pretium hujus Census, seclusa lege taxante, non consistit in indivisibili, sed habet latitudinem infimi, medij, & summi: ergo licitè potest emi pretio infimo, cum pacto, ut si venditor redimere velit, redimat pretio summo. Nam cùm utrumque sit pretium justum, non est injustus, qui emit infimo, & non vult revendere, nisi summo. Confirmatur, quia quando appositum est pactum redimendi maiori pretio, dantur duo contractus emptionis, & venditionis: alter, quãdo Cẽsus emitur cum onere revendẽdi, alter quãdo rursus ab emptore revenditur: nihil vetat quo-

quominùs modo possim emere pretio infimo, & postea, celebrando alium contractum, revendere eandem rem pretio summo, aut medio: unde consequens est, ut statim quando rem emo pretio infimo, pacisci possim de revendédo pretio summo; nam pacta, quæ divisim sunt licita, & se mutuo non destruunt, simul etiam iniri possunt. Tertiò, quia contingere potest, ut speretur plus esse valiturum Censum tempore redemptionis, quàm valet tempore emptionis: ergo ex hoc etiam capite potest in tali eventu constitui, ut redimatur maiori pretio juxta proportionem maioris valoris, quem tunc habebit. Quas omnes rationes, & causas augendi pretium redemptionis latius expendimus, & prosecuti sumus *disp. 7. de emptione, & venditione. sect. 1. q. 4.* agendo generaliter de pacto, & pretio retrovenditionis in quavis materia, & inde plura ad maiorem traditæ assertionis explicationem, & confirmationem peti possunt.

212 Tertia assertio. Licitè etiam, secundùm jus naturæ, potest apponi pactum, ut dictus Census redimi possit minori pretio. Hanc, loquendo generaliter, de quavis re vendita cum pacto de retro, admittit Less. *libro 2. cap. 21. dubit. 14. num. 116. fine*; quando constiterit, rem minùs valituram tempore redemptionis. Cæterum etiam extra hunc casum, qui raro, aut nunquã continget in Censibus, justificari posse hoc pactum, non difficilè ostenditur; quia esto Census non credatur minùs secundùm se valiturus tẽpore redemptionis, imò verò, attento quòd revendetur absq; ullo onere, pluris tunc æstimari debeat, quã cùm primò emitur cum onere revenditionis; tamẽ ita potest attemperari pretium emptionis, ut non solũ possit justè apponi pactum redimendi eodem pretio, sed etiam minori: quod ita declaro. Ponamus quod volo emere à te Censum mille aureorum in singulos annos in perpetuum: si hunc Censum vendas, secluso quovis pacto redimendi, justum ejus pretium erit triginta mille aureorum. Si autem illum vendas cum pacto, ut possis eum redimere pretio currenti tempore redemptionis, debes pro tali onere, quod mihi imponis, illum revendendi, detrahere à pretio illo sex mille aureos, si tanti onus illud æstimatur. Si verò eum vendas cum pacto redimendi eodem pretio, ut cõmuniter vendi solet, justum erit pactum, si propter maius onus detrahas decem mille aureos, ita ut illum mihi vendas viginti mille aureis, cõmuniter enim hoc pretium censetur justum, quando tale onus imponitur, nam propter ejusmodi onus minui potest, & solet tertia pars pretij, quo res aliàs æstimatur. Si deniq; eundem Cẽsum vendere velis, cum pacto ut possis eum redimere quindecim mille aureis, justè hoc maius onus compensabis vendendo illum sexdecim mille aureis, & ita habemus intentum.

Probo assumptum, nam si vendendo cum onere, ut possis redimere viginti mille aureis, justè compensas totum hoc onus reducendo pretium triginta mille aureorum ad viginti millia, remittendo pro illo onere decem millia, profectò si onus augeas, paciscendo, ut possis redimere pro quindecim mille, justè hoc oneris augmentum compensabis, remittendo ampliùs quatuor millia, & reducendo totum pretiũ ad sexdecim millia, quia ut sufficiẽter cõpensetur nova obligatio, quã suscipio descendendi in revenditione à viginti ad quindecim, opus non est, ut in vẽditione descẽdas similiter à viginti ad quindecim, remittẽdo quinq; pro quinque, quia cũ non sit certũ, quod postea voles talem Censum redimere, imò valde incertum, siquidem raro ejusmodi Cẽsus redimuntur, manet simpliciter incertum, quod ego aliquando tibi remittã in revenditione illa quinque millia: quinq; autẽ adeò incerta non tanti æstiman- 213

timantur, sicut quinque præsentia, quæ in promptu solvuntur, aut remittuntur: ergo onus, quod suscipio descendendi, & remittendi tibi quinque in revenditione, sufficienter à te compensatur, remittendo mihi qu tuor in venditione: & ita planè concluditur licitum esse pactum redimendi minori pretio, si venditor tantùm diminuat de pretio emptionis, quantum sufficit ad totum onus illius pacti compensandum. Hoc verò procedit de pacto apposito, ut liceat venditori redimere post aliquot annos, ut post quatuor, vel quinque annos, aut saltem quando venditor non habet animum statim redimendi; quia alioqui erit clara inæqualitas, & injustitia in eo, quod vendat pro sexdecim, & statim redimat pro quindecim, nisi fortè utrumque hoc pretium cadat intra latitudinem justi, quod modo non consideramus; & discursus factus procedit, etiam si tam venditio, quàm redemptio ad rationem summi pretij, vel infimi contrahantur.

213 Quarta assertio. Licitum quoque est pactum secundùm rei naturam, ut dictus Census possit redimi pretio currenti tempore redemptionis. Hæc ab omnibus supponitur: & patet, quia pretium currens, quando res venditur, & traditur, est justum, utpotè communi æstimatione constitutum, & in praxi approbatum: pactum autem de obtinenda, vel recuperanda re pretio justo licitum est, secundùm rei naturam. Quando autem hoc pactum apponeretur non debet tantùm descendi in pretio venditionis, quantum si apponerétur pactum redimendi eodé pretio, vel minori, cùm per tale pactũ non imponatur tantùm onus emptori, ut patet. Et ita quod communiter dicitur, propter pactum de retrovendendo debere minui pretium venditionis pro tertia, vel quarta parte, nõ intelligitur de hoc simplici pacto, sed de pacto revendendi eodem pretio.

Loquendo autem de Censu redimibili ex parte solius emptoris, certum est posse, ac debere statui, ut redimatur minori pretio, nisi pretium primæ venditionis, ita augeatur, ac temperetur, ut onus redimẽdi maiori, aut æquali, sufficienter venditori compensetur. 214 Principalis resolutio est communis, quam tradit Medina *dicta quæst. ultima*, §. *sequitur inde tempore*, & loquendo generaliter de pacto redimendi in favorem emptoris in quavis materia, Molina *disput.* 377. *n.* 14. & Less. *lib.* 2. *cap.* 21. *num.* 118. Probatur facilè, quia vendens Censum obligando se ad redimendum, non tantùm vendit ipsum Censum juxta totum ejus valorem, sed etiam onus, quo se obligat ad redimẽdum; quando autem redimit, solùm emit ipsum Censum secundùm se; atque adeò minus pretium debet constituere pro redemptione, quàm pro venditione. Addidi autem illam limitationem: *nisi pretium primæ venditionis, & cæt.* quia aucto pretio venditionis, bene potest compensari onus redimendi maiori, vel æquali pretio, ut satis constat ex discursu sup. facto pro tertia assertione, & bene advertit Medina *supra*, §. *ad tertium etiam.*

Loquendo denique de Censu utrinque redimibili, dicendum est, posse, ac debere per se loquendo statui, 215 ut redimatur maiori pretio; quia juxta eundem Medinam *supra*, §. *inde iterum fit*, Molina *dicta disp.* 377. *n.* 16. & Less. *loco sup. cit. n.* 120. ejusmodi Census minus valet, & minori pretio emi debet, quàm si esset utrinque irredimibilis: quando autem redimitur, venditur re ipsa, ut irredimibilis, cùm fiat redemptio absque ullo onere rursũ revendendi, aut recuperandi: ergo per se loquendo maiori pretio redimi debet, quàm quo primò fuit venditus. Dico, *per se loquendo*, quia ita potest attemperari pretium primæ venditionis, ut justè cõpensetur emptori, quod talem Censum revẽdat æquali, aut minori

nori pretio, ut ex supradictis constat.

Secunda difficultas, utrùm Census minoris justo constitutus, solutis per aliquot annos integris pēsionibus, redemptus tandem, & extinctus censendus sit? Ut huic difficultati satisfiat videndum prius est, qualis nam sit contractus, & quæ restitutio debeatur, quādo Census emitur pretio injusto, id est, infra limites justi infimi? Qua in re non parum variant Doctores; quidam enim tenent, cōtractū in eo eventu esse usurariū, & nullū ipso jute naturali. Ita sentit Solís *lib. 1. de Censibus, cap. 9. sub n. 12.* referens in eandem sententiā, Guidonem Pape, & Imbertū Rupellanū scribentem, apud Tribunalia Franciæ magis obtinuisse, ut talis contractus nullus judicetur. Et quidem in foro externo præsumendum esse usurariū tradunt Navar. *in comment. de usur. n. 18.* & alij. Ratio, qua Solís movetur est, quia quādo Census minoris justo constitutus est, penditur singulis annis aliquid ultra id, quod debet solvi, quod cum merū lucrum sit à vitio usuræ non est alienum.

217 Contraria tamen sententia, quod videlicet talis contractus non sit simpliciter nullus, & usurarius in foro cōscientiæ, sed tantùm injustus, si venditor verè habuit animum vendendi Cēsum, & emptor emendi, illo pretio, est communis, & vera. Eam tenent Navarrus *loco proximè citato*, Joannes Medina *de rebus per usuram acquisitis, quæst. ultima, ad medium, §. sed pone*, Sotus *lib. 6. de justitia, quæst. 5. art. 1. paulò ante finem, vers. secunda*, Molina *tomo 2. de justitia, disp. 390. numer. 9.* Less. *lib. 2. cap. 22. dubitatione ult. num. 107.* Rebel. *parte 2. libr. 10. q. 5. num. 8.* & alij. Ratio est, quia secundùm jus naturæ non magis requiritur justum prætium ad emptionem Census, quam ad emptionem aliarum rerum: certum est autem cæteras res validè, & citra usuram emi posse pretio injusto, adeò ut etiam si emantur infra demidium justi valida sit emptio, quanvis rescindenda per remedium *l. 2. Cod. de rescindenda venditione.* Erit itaque naturali jure censualis emptio injusta, si minoris justo contrahatur, non autem nulla, aut usuraria. Quin etiam docet bene Lessius *supra sub num. 106.* quanvis lege positiva taxatum sit pretium Census, cum clausula irritante contractum minori pretio initum, intelligendam esse talem irritationem solum pro ea parte, qua Census pretium excedit: ut si secundùm taxam valebat quindecim, & illum emisti decem, non valeat emptio quoad tertiam partem reditus, sed tantùm quoad duas tertias. Quod potest confirmari ex jure Hispano. *l. 6. titulo 15. libro 5. novæ recopilationis*, ubi cùm irritetur emptio Census, quæ facta non sit ad rationem quatuordecim pro uno statim additur, ut virtute illius nihil exigi possit in judicio, vel extra, nisi ad dictam rationem.

Maius dubium est circa restitutionem, quam debet, qui validè simpliciter, juxta resolutionem traditam, sed tamen pretio injusto, Censum emit, & nihilominùs integras pensiones per aliquot annos recepit? Duplex est sententia probabilis, prima docet teneri talem emptorem moderari Cēsum juxta proportionē pretij, ita ut minor pensio deinceps solvatur, & insuper restituere excessum pensionum, quas eò usque recepit. Ita sentit Molina *dicta disp. 390. n. 9.* Salas *tract. de Censib. dub. 23. n. 4.* & quidem alij, quos refert Bonacina, *tomo 2. disp. de contractibus, q. 4. puncto unico, num. 23.* Fundamentum est, quia ita constituitur æqualitas inter talem emptorem, & venditorem. Confirmatur, quia qui emit pro decem, verbi causa, Censum valentem quindecim, non solvit re ipsa integrū pretium illius, sed tantùm duas tertias: emptor autem, qui non soluit integrum pretium rei fructiferæ, tenetur restituere partem fructuū respondentē parti 218

parti pretij, quæ soluta non est, ut docuimus *disp. 4. de emptione, & vendit. sect. 1. juxta l. curabit, C. de actionibus empti, & juxta Ordinationem Lusitanam, lib. 4. tit. 67. §. 3.*

219 Secunda sententia, cui adhæreo, tenet emptorem in hoc casu sufficienter venditori satisfacere, supplendo defectum pretij, & restituendo venditori interesse, quod illi cessavit, eo quod justo pretio, seu ejus complemento fraudatus sit. Hanc probat magis Medina *dicta q. ult. §. de jure tamen*, Less. *dicta dubitat. ult. n. 107.* & Bonacina *proximè citatus*, & videtur etiam tenere Rebel. *dicto n. 8.* quatenùs ait, eodem modo deberi restitutionem in hoc casu, sicut in cæteris emptionibus injustis ex parte pretij; tenet etiam apertè Navarrus *commentario de usuris sub num. 121.* ubi docet, qui emit Censum pretio injusto, teneri ad supplendum pretium, & insuper ad interesse lucri cessantis, & damni emergentis, per *l. Iulianus, & l. si sterilis, §. cum per venditorem, ff. de actionibus empti.* Suadetur ratione, quia venditor non est fraudatus, ex eo quod emptor pensiones percepit; cùm ipsi essent debitæ ex Censu, cujus dominus est effectus; sed solùm ex eo, quod justum pretium non fuerit ei solutum. Confirmatur, nam qui emit agrum minoris justo, non tenetur demittere partem agri, nec si fructus aliquot annis percepit, partem eorum restituere, sed tantùm supplere defectum pretij, & compensare interesse, si quod vēditori cessavit, eo quod justum pretium non recepit.

220 Nec oppositum convincit, quod in confirmationem prioris sententiæ adducitur, juxta *l. curabit*, & juxta Lusitanum jus: nam illa jura solùm procedunt, quando emptor fuit in mora solvendi pretium in contractu constitutum: in nostro autem casu talis mora non est, ut supra ponimus, sed tantũ injustitia, & inæqualitas in pretio, quo res empta fuit; & ideo non debet dispositio illorum jurium extendi, cùm juris naturalis non sit, sed tantùm positivi, quo secluso, etiam in ea specie dicendum esset solùm teneri emptorem ad integrandum pretium, & sarciendum venditori, quanti ejus interesset, solutum ei fuisse integrum pretium, ut loco citato *de emptione, & venditione* à nobis traditum est.

Si opponas, saltem juxta Bullam Pij V. tenendam videri priorem sententiam, eo quod in ea Bulla videatur irritari contractus censualis, nisi præsente notario, & testibus solvatur integrũ, justumque pretium Census; quæ irritatio cùm debeat intelligi solùm pro ea parte, qua Census pretium excedit, consequens esse, ut juxta eam Bullam teneatur emptor, qui emit pretio injusto, minuere in posterum pensionem, juxta proportionem diminutionis pretij, & restituere de pensionibus antea perceptis, quod ultra eam proportionem recepit. Responderi potest cum Bonacina *supra*, Pontificem in ea Bulla non videri irritare contractum celebratum minoris justo, sed solùm statuere, ut sit irritus, nisi celebretur numerata pecunia coram notario. & testibus, & quod non sufficiat, esse prius receptum integrum, justumque pretium; ubi non continetur irritatio contractus celebrati pretio non justo. Cæterùm quid nobis circa hoc videatur, dicemus commodius *disp. seq. sect. 2. sub. num. 13.* 221

Ex his jam ad propositam difficultatem facilis est responsio. Dico ergo, si procedamus in eorum sententia, qui dicunt esse nullam emptionem Cēsus pretio diminuto, opus nõ esse redēptione ad ejus extinctionem, siquidē nullus fuit constitutus Census: quod autem nunquam fuit, non extinguitur. Si tamen venditor pensiones solverit, computandæ sunt in sortem, & ubi tot fuerint persolutæ, quæ illum exæquēt, liber omninò manet. Illa tamen sententia 222

tentia, ut vidimus, non probatur in foro conscientiæ, saltem seclusa Bulla Pij V. *disp. seq. sub num.* 13. circa hoc punctum expendenda. Tenendo igitur, eam emptionem esse validam, vel possumus procedere in sententia, quæ tenet diminuendum esse Censum juxta diminutionem pretij, & restituendum excessum pensionum, quæ receptæ sunt, vel in ea, quæ tenet, solùm deberi supplementum pretij, & compensationem interesse, quod venditori cessavit. Si procedamus in prima, dicendum est, si tot annis integræ pensiones solutæ sint, ut excessus, qui ab emptore debetur, exæquet integrum pretium, quo Census redimibilis est, posse per talem excessum emptori relictum redimi, & extingui Censum, si venditor velit, & Census in ejus favorem redimibilis erat: secùs si non erat redimibilis in ejus favorem, & emptor velit illum excessum restituere. Si autem procedamus in secunda, quæ longè probabilior est, non potest ullo cursu temporis, quo integræ pensiones solutæ sint, redimi, aut haberi pro redépto, & extincto Censu, quanvis redimibiliter in venditoris favorem constitutus sit, nisi fortè supplementum pretij, & interesse, quod emptor debet, tantum sit, ut exæquet integrum pretium Census; tunc enim ratione talis debiti idem prorsus tenendum, quod juxta primam sententiam statuimus, ratione excessus pensionum, qui in ea sententia debetur: quæ omnia perspicua sunt, & alia probatione non indigent.

123 Tertia difficultas, utrùm, si debitor Census plures hæredes relinquat debito illo oneratos, & unus eorum partem suam redimat, liber omninò maneat, quoad reliquas partes? Respondeo, si Census erat tantùm personalis, liberũ manere: secùs, si erat realis. Prior pars constat ex generali regula, quod ad debita personalia defuncti, qui plures hæredes reliquit, non tenentur singuli hæredes in solidum, sed tantùm pro rata hæreditatis, quæ ad unumquemque pervenit, nisi debitum esset individuum *l. pro hæreditarijs, Cod. de hæreditarijs actionibus*, & *l. in executione, in principio, vers. secunda, ff. de verborum obligationibus*, ubi communiter Doctores, & Sanches optimè id declarans *tomo* 1. *in Decalog. lib.* 4. *cap.* 15. *num.* 42 & 43.

Alia pars traditur à Solis, *lib.* 4. *de Censibus, cap. unico, num.* 10. & sumitur ex contraria regula obligationum realium, quod ita indivisibiliter, & in solidum transeant contra singulos hæredes, ut interim, dum creditori non satisfit, & res obligata non omninò liberatur, nullus eorum liber maneat, esto pro sua parte satisfecerit; ut apertè habetur, in *l. rem hæreditariam* 65. *in principio*, ubi Glossa, & Doctores *ff. de evictionibus*. Verum quidem est hanc regulam non procedere citra controversiam, nisi tantùm in obligationibus pignoris, & hypothecæ, de quibus expressè loquitur *dicta l. rem hæreditariam*, & facilè posset contrarium defendi in obligatione reali Census, in quo spectato juris rigore est valde diversa ratio; quia ejusmodi obligatio non est simpliciter indivisibilis: non enim est tota in tota re censuali, & tota in qualibet ejus parte, sed unaquæque pars rei parti tantùm Census obligata est, ut *sect.* 6. §. 2. ostensum est: obligatio verò pignoris, & hypothecæ ita indivisibilis est, ut tota res eo onere affecta, & quælibet ejus pars, obligata sit pro toto debito, *l. moschis, ff. de jure fisci, vbi glossa*, & receptior Doctorum sententia: unde licet obligatio pignoris, & hypothecæ indivisibiliter, & in solidum transeat contra singulos hæredes, & possessores, non sequitur idem dicendum esse de obligatione Census realis. Nihilominùs tamen in tradita resolutione persistendum est; quia licet res censita non sit tota, & quælibet ejus pars indivisibiliter obligata toti Censui, tamen quoad hunc effectum,

ut quando devenit ad plures possessores, quilibet in solidum teneatur, perinde se habet, ac si tota esset indivisibiliter obligata, ut cum alijs tradidimus *sect.* 1. *n.* 11. *& sect.* 6. §. 2. *n.* 88. *& sect.* 7. §. 3. *n.* 116. ubi plures pro hac parte Doctores retulimus, nonnullis etiam pro contraria relatis: & fundamentum est, quia hæc intelligitur esse mens contrahentium, ut vitetur præjudicium, quod domino Census sequeretur, si cogendus esset pensionem particulatim à singulis possessoribus exigere.

125 Quarta difficultas. Utrùm loco censuarij possit alius Censum redimere, & extinguere, etiam illo ignorante? Ratio dubitandi est, quia licet certum, & expressum sit in jure, quod quilibet possit alterius debitum solvere, & extinguere, etiam illo ignorante, *l. si pro me* 40. *ff. de solutionibus*, *l. obsignatione* 9. *C. eodem titulo*, *l. cum & postliminij, C. de captivis, & postliminio reversis, & Instit. quibus modis tollitur obligatio, in principio*, ubi additur etiam debitore inuito obligationem tolli, alio pro eo solvente: attamen non videtur id procedere in Censu, quem censuarius non tenetur redimere, siquidem non est propriè debitum. Nihilominùs tamen, si Census sit redimibilis ex parte censuarij, placet, quod tradit Solís *dicto cap. unico, lib.* 4. *de Censibus sub n.* 11. ubi docet, si extraneus offerat, & consignet sortem, seu pretium, pro Censu redimendo, statim manere Censum extinctum, & debitorem liberatum; etiam si creditor oblationem, & consignationem non acceptet. Et ratio est, quia licet censuarius non teneatur determinatè talem Censum redimere, attamen tenetur disiunctivè, id est, aut illum redimere, reddendo, vel consignando sortem; aut solvere pensionem: & hoc sufficit, ut habeat rationem debiti, quod per allium solvi, & extingui possit, etiam debitore ignorante; alioqui neque si alius vice censuarij pensionem offerat, & consignet, eum à debito pensionis liberaret, quod nemo admittet. Bene autem advertit idem Solís, hoc procedere quandiù consignans non revocaverit consignationem; nam cùm non sit acceptata à creditore, revocari potest, & tunc revivíscet, ac redibit Census ad prestinũ statum. Quod si extraneus sortem consignans contendat, ut sibi à creditore cedantur jura, & actiones ei competentes, repelli potest à creditore, nec Census extinguitur, nullo enim jure dominus Census cogitur suum jus alteri cedere, ac vendere. *l. inuitum* 11. *C. de contrahenda emptione*. Facit *l. nec emere* 16. *C. de jure deliberandi*, *& l. id quod nostrum est* 11. *ff. de regulis juris*.

SECTIO DECIMAQUARTA.

An, & qua ratione possit extingui Census per præscriptionem?

EX doctoribus, qui de Censibus ex professo tractarunt, vix unum, aut alterum reperi, qui aliquid circa hanc quæstionem attigerit, fortè existimarunt eam propriè spectare ad materiã de præscriptionibus. At neq; apud eos, qui plenè de præscriptionibus scripserunt illam satis explicatã reperio. Quare operæ pretium duxi eam hîc explicare, ac plenè discutere, cùm sit frequens in praxi, & magnis difficultatibus scateat. Et quia cõmodum est, non tantùm hîc agemus de Censu consignativo constituto per emptionem, & venditionem, de quo tantùm in hoc tractatu agere instituimus, sed universim de omni Censu, prout complectitur quodlibet jus percipiendi annuam pensionem ex re, vel persona alterius, sive tale jus sit emptum, sive donatum, sive per ultimam voluntatem relictũ, & sive pertineat ad personam privatam-

tam, sive ad publicam, ut ad Ecclesiã, ad Principem, vel ad Civitatem. Ut autem propositæ quæstionis in hac amplitudine acceptæ facilis resolutio procedat, præmittenda necessariò est sequens dubitatio.

Utrùm præstationes annuæ præscribantur extinctivè unica præscriptione?

§. I.

SUMMARIUM.

Annuæ præstationes relictæ per ultimam voluntatem, non possunt præscribi unica præscriptione, sed tot sunt necessariæ præscriptiones, quot sunt anni, quibus tales præstationes solutæ non sunt. num. 226.

Hoc tamen fallit in legato usufructus simpliciter relicto. n. 227.

Et similiter in legato alimentorum relicto simpliciter absque distributione temporis. ibidem.

Utrùm obligatio solvendi præstationes annuas debitas ex contractu, seu stipulatione, extinguatur unica præscriptione? Prima sententia negat. n. 228.

Contraria sententia est communior, & præferenda, eamque praxis hujus regni observat. n. 229.

Ejus fundamentum traditur. n. 230.

Solvitur fundamentum prioris sententiæ. n. 231.

Assignantur plures casus, in quibus promissio annuæ præstationis in plures resolvitur, & tot parit obligationes quot sunt anni, ad quos refertur: ac totidem proinde sunt necessariæ præscriptiones, ut tales obligationes perimantur. num. 232. & seqq.

226 In hac dubitatione, si loquamur de annuis præstationibus relictis per ultimam voluntatem, seu de annuis legatis, conveniunt Doctores non posse præscribi unica præscriptione, sed tot esse necessarias præscriptiones, quot sunt anni, quibus tales præstationes solutæ non sunt. Ita Balbus 4. *part. quartæ partis principalis, q. 4. n. 3.* Valascus *consult. 49. n. 1.* & insignis Barbosa *in l. 2. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum, n. 121.* & cæteri omnes. Ratio est, quia in hac specie tot sunt legata distincta, quot anni, pro quibus tales præstationes relictæ sunt, ita ut pro primo anno sit legatum purum, & pro singulis sequentibus singula legata conditionalia, *l. si in singulos 4. ff. de annuis legatis, & l. senatus 35. §. fin. ff. de mortis causa donationib.* Singula autem legata singulis indigent præscriptionibus, ut quis ab eorum debito liberetur, *l. ususfructus alternis, ff. quibus modis ususfructus amittatur.* Unde licet debitor omiserit bona fide solvere tales præstationes per tempus longissimum 30. vel 40. annorum imò & centum annorum, id non sufficiet ad extinguendam obligationẽ pro annis sequentibus, ut optimè advertũt Valascus *supra n. 2.* & Barbosa *n. 122.* quia non datur præscriptio antequam detur debitum, & obligatio, contra quam præscribendum est: quandiù autem non accedunt anni, pro quibus præstationes sunt legatæ, non sunt tales præstationes debitæ, cum non dum cesserit dies legati: & ita pro annis, qui nondum advenerunt, non potest extingui earum obligatio per præscriptionem.

Limitatur autem tradita resolutio in legato ususfructus simpliciter 227
relicto, id est, non facta mentione tẽporis, pro quo relinquitur, tunc enim censetur unum legatum, ut probat *l. 1. in principio, ff. quando dies ususfructus legati cedat.* Et sic unica sufficiet præscriptio, ut totum legatum perimatur, ut tradit Baldus *in l. 1. n. 16. C. de sententia, quæ sine certa quantitate profer-*

profertur, Alexander *l. de pupillo*, *§. si in pluribus*, *n.* 3. *ff. de novi operis nunt.* Balbus, *ubi supra n.* 5. Gigas *de pensionibus, q.* 83. *n.* 7. Valasc. *d. consult.* 49. *n.* 3. Barbos. *in l.* 2. *C. de praescriptione* 30. *vel.* 40. *annorum à n.* 137. & alij, quos refert. Quia tunc tota obligatio simul oritur, & solùm exactio in futurum differtur; quare unica praescriptio adversus illam sufficit, quae statim à primo anno talis obligationis incipere potest. Atque idem ob eandem rationem dicendum de legato alimentorum simpliciter, absque destributione temporis relicto, ut cum multis alijs tradit Valasc. *loco citato.*

228 Si autem loquamur de praestationibus annuis debitis ex contractu, seu stipulatione, res est valde controversa. In qua prima sententia est, etiam ad obligationem harum praestationum extinguendā, non satis esse unicā praescriptionem, sed tot requiri, quot sunt anni, pro quibus tales praestationes sunt promissae. Nam licet earum promissio censeatur una; *l. si stichum* 16. *§. stipulatio*, *ff. de verborum obligationibus*: tamen inducit obligationem in diem, cum debitor non teneatur solvere praestationē ullius anni, nisi postquam talis annus advenit: praescriptio autem adversus obligationem in diem non currit, antequam talis dies advenit: unde licet quis praescripserit contra obligationem solvendi praestationem primi anni, verbi causa, ea praescriptio non potest currere adversus obligationem sequentium annorū, qui nondum advenerunt, sed pro singulis, ubi advenerint; debet inchoari nova, & distincta praescriptio; quemadmodū de legatis annuis dictum est. Denique pro hac sententia stat textus, qui videtur expressus, *in l. cum notissimi*, *§. fin. C. de praescriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, ibi, *in ijs etiam promissionibus, vel legatis, vel alijs obligationibus, quae dationem per singulos annos, vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum, non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni, vel mensis, vel alterius singularis temporis, computari manifestum est.* Ubi vides idem disponi circa praestationes annuas debitas ex promissione, atque ex legato. Quare hanc sententiam tenent multi Doctores, quos refert Antonius Gomes, & Petrus Barbosa *locis infra citandis.*

Contrariam nihilominùs sententiam, quod scilicet in praestationibus annuis debitis ex contractu, seu promissione, sufficiat una praescriptio, ad extinguendam omninò obligationem, etiam annorum futurorum in perpetuum, tenent meritò Accurs. *in dicta l. cum notissimi*, *§. in ijs*, & ibi Barthol. idem Barthol. *in l. de pupillo*, *§. in pluribus*, *n.* 2. & ibi, Alexand. *n.* 6. *ff. de novi op. nuntiat.* Balbus 4. *part. quartae partis principalis q.* 4. *n.* 2. Ant. Gom. *tom.* 2. *variarum resolutionum*, *cap.* 11. *num.* 46. *aliàs* 45. Valasc. *dicta consultat.* 49. *n.* 6. Barbos. *in dicta l.* 2. *C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annorum*, *n.* 125. *juncto num.* 129. *cum seqq.* ubi aliquas adhibet limitationes, & plures alij, quos referunt. Unde haec sententia est longè communior, eamque praxis hujus regni observat, teste Valasco *d. n.* 6. *vers. verùm tamen, quia istud*, & ita à nobis etiam tenenda est. 229

Praecipuum fundamentum est, quia promissio annuarum praestationum est unica tantùm promissio, ex qua statim totum jus competit ad omnes praestationes suis temporibus exigendas. *l. si stichum*, *§. stipulatio*, *ff. de verborum obligationib.* & ibi Glossa, & Barthol. *n.* 1. Anton. Gom. *tom.* 2. *var. cap.* 11. *n.* 44. Gaspar Roder. *de annuis redit. lib.* 2. *q.* 9. *sub n.* 65. *vers. nec obstant*, & alij. Jus autem, & obligatio, quae statim de praesenti datur, unica praescriptione perimi potest, ut jam ex tali jure nihil in posterum peti possit, ut à cōtrario sensu constat *ex l. si usufructus alterius ff. quibus modis usufructus amittatur* 230

tatur. Confirmatur, quia annui reditus, seu præstationes una præscriptione acquiruntur, ut est cōmunis Doctorum *in l. cum de in rem verso, ff. de usuris, & in cap. pervenit de Censibus*: ergo etiam liberatio ab eisdem præstationibus eodem modo unâ præscriptione comparabitur; præsertim cum favorabilior debeat esse præscriptio ad liberandum, quàm ad obligandùm.

231 Ad fundamentum contrariæ sententiæ respondetur facile, per promissionem annuarum præstationum non ita induci obligationem in diem, quasi in quolibet anno incipiat obligatio solvendi præstationem illius anni, sed quòd illamet obligatio, quæ tota simul per illam promissionem contrahitur, refertur ad distinctas præstationes singulis annis faciendas, ita ut ex vi illius solùm teneatur debitor in unoquoque anno unam præstationem solvere, quanvis debitum pro tali anno, & alijs sequentibus multò jam antea sit contractum. Quod secùs evenit in annuis legatis, quæ nō incipiunt deberi, nisi post cujusque anni adventum, ut ex supra dictis constat. Unde licet horum debitum non possit tolli unica præscriptione, aliud tamen est in debito, & obligatione annua consurgente ex promissione. Et hinc etiā non obstat *textus in dicta l. cum notissimi, §. finali*, qui dum æquiparat obligationes ex contractu, seu promissione, obligationibus ex ultima voluntate non debet accipi generaliter, cùm obstet *textus in l. senatus, §. fin. ff. de mortis causa donation.* sed debet intelligi, quando in ijs reperitur eadem ratio, quoad hoc, ut in tot obligationes particulares resolvantur, quot sunt anni, seu præstationes singulis annis faciendæ. Quod ita in specie resolvunt Antonius Gomes *supra vers. vel aliter, & secundo.* Barbosa *in dicta l. 2. n. 136.* & plures alij, quos refert.

232 Sunt enim varij casus, in quibus promissio annuæ præstationis in plures resolvitur, & tot parit obligationes quot sunt anni, ad quos refertur, quemadmodum de legato annuo dictum est. Unus casus est, quando in promissione fit mentio annorum in speciali, ut ad triennium, quadriennium, decennium, &c. & non tantùm in generali, ut in singulos annos. Constat hoc ex *l. pluribus, in principio, juncta glosa ibi vers. summarum, ff. de verborum obligat.* & tradunt Barthol. & alij, quos citat, & sequitur Barbosa *supra n. 130.* Alter casus est, quādo promissio annuæ præstationis fit sub conditione similiter annua, ita ut ex ejus eventu in quolibet anno, pendeat obligatio pro tali anno ut si tibi promittam centum pro singulis annis, quibus lucratus fuero 200. tunc enim tot censeri obligationes, quot sunt anni, seu præstationes sub tali conditione debitæ: probat *l. ubi autem, §. penultimo, ff. de verborum obligat.* ut ibi notat Barthol. & Iason, quos sequitur Barbosa *supra num. 131.* Idem tradit Balbus *dicta 4. part. quartæ partis principalis, q. 4. sub num. 5. vers. sed debemus*, unde idem author *n. 4.* cum alijs docet, quando in promissione annua adjectum esset adverbium distributivum, *quandocumque*, censeri plures dispositiones, & sic requiri plures præscriptiones, ut si dicerem, promitto dare centum quandocumque à me petieris, est enim tunc obligatio pro singulis vicibus conditionalis, & cùm conditio sit pro illis distributa, effecit, ut totidem censeantur promissiones, & obligationes distinctæ.

Tertius casus est, quando aliquid est implendum à promissario, quod cohæreat ejus personæ, ut quando promissio annua facta est medico, advocato, aut simile officium habenti. Tunc enim tot censentur promissiones, quot sunt præstationes promissæ, ut probat textus *in l. si servus communis Mævij, §. fin. ff. de stipulat. servorum*, & ibi Barthol. & alij, quos citat, & sequitur Barbosa *sup. num. 132.* Et ratio patet, quia talis 233

talis promissio est conditionalis, & respectiva ad opus faciendum per ipsum promissarium, ut bene docet Anton. Gomes *dicto cap.* 11. *ante num.* 47. Et sic procedit in ea ratio casus præcedentis. Si autem stipulator, seu promissarius solùm teneatur præstare aliquid non cohærens ejus personæ, quia videlicet id potest præstari per alium, unica promissio censebitur, ex sententia Bartholi, & aliorum, quos refert, & sequitur idem Barbosa *sup. n.* 133.

234 Quartus casus est, quando annua præstatio donatur, seu promittitur, cum limitatione, ut solùm duret obligatio quoad vixerit promittens, aut quoad vixerit promissarius. In hoc casu tot esse donationes, & obligationes, quot sunt anni vitæ, ad quam donatio facta est, habetur expressè *in l. sancimus*, §. *ult. C. de donation.* unde si quantitas, quæ in uno quoque anno ex vitalis obligationis præstanda est, non excedat summam, quæ potest donari sine insinuatione, statuitur ibidem non esse necessariam insinuationem, ad hoc ut illa stipulatio simpliciter valeat, esto vita, ad quam facta est in multos annos protendatur, & cumulus præstationum solvendarum cõtineat quantitatem, quæ aliàs absque insinuatione donari non potest.

235 Quintus casus est, quando agitur de præstatione, quæ suaptè natura non est transmissibilis ad hæredes, si promittatur cum expressione temporis: ut si quis stipuletur usumfructum in singulos annos, vel quoad vivat. Tunc enim plures censentur stipulationes, quia militat eadem ratio, quæ in legato ususfructus, qui si illo modo legetur, pluries censetur repetitus, ut habetur *l. sicut in principio, ff. quibus modis ususfructus amittatur.* Et idem dicendum, si aliquid annuum similiter promittatur nomine alimentorum; cùm alimenta ad alios non transeant. Ita cum alijs docet Barbosa *in dicta l.* 2. *C. de prescript.* 30. *vel* 40. *annorum, num.* 134. & 135.

Censum universim loquendo posse omninò perimi, & extingui per præscriptionem.

§. II.

SUMMARIUM.

Omnia jura, & actiones possunt præscribi, saltem præscriptione temporis longissimi 30. *vel* 40. *annorum, exceptis aliquibus privilegiatis: quæ tamen regulariter præscribuntur tempore immemoriali, vel centum annorum. n.* 236.

Tributum, quod solvitur Principi in signum subjectionis universalis, vel pro stipendijs militum; nec non reditus, & Census, quos in creatione regni populus constituit ad sustentationem Regis, ut se aleret, & Rempublicam defenderet, nullo unquam tempore etiam immemoriali, præscribuntur. ibidem.

Etiam Census constitutus per ultimam voluntatem, & temporalis constitutus ad certum tempus, vel ad vitam, potest extingui præscriptione, licet aliud sit in annuis præstationibus relictis per ultimam voluntatem, vel ad certum tempus, aut ad vitam promissis, antequam singulæ præstationes sint decursæ: & quæ sit diversa ratio? num. 237. & 238.

Profligata præcedenti dubitatione, jam pro resolutione principalis quæstionis, sequentes statuo conclusiones. Prima conclusio. Census universim loquendo potest omninò perimi, & extingui per præscriptionem. Ita expressè Salas *tract. de Censibus, dub.* 45. *n.* 3. cum Parladoro, *lib. rerum quotidian. cap.* 1. §. 12. *n.* 41. & §. 13. *n.* 44. & Emmanuele Vega *in summa, & epitom. ver. Census, casu* 17. & supponunt communiter DD. 236

dum agendo de varijs Censuum generibus assignant tempus, quo unũquodque præscribitur, ut inferiùs constabit. Fundamentum verò est, quia Cẽsus, sive realis, sive personalis, est quoddam jus percipiendi annuam pensionem: omnia autem jura, & actiones præscribi possunt, saltem præscriptione temporis longissimi 30. vel 40. annorũ, ut habetur *l. omnes, C. de præscriptione 30. vel 40. annorum.* Et licet aliqua jura ita sunt privilegiata, ut neque hoc annorum spatio præscribi possint: tamen hæc etiam regulariter præscribuntur tempore immemoriali, vel centum annorum, ut relatis pluribus docet Barbosa *in dicta l. omnes, C. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, num. 17. & sequentibus*, quod repetit *in l. comperit 6. Cod. eodem titulo n. 18.* unde *num. 15.* agendo de tributis, & Censibus principi debitis, dicit, quòd regulariter ejusmodi jura præscribantur tempore immemoriali, præterquam si agatur de tributo, quod solvitur principi in signum subjectionis universalis, vel pro stipendijs militum, aut etiam de reditibus, & Censibus, quos in creatione regni populus constituit, ut Rex inde aleretur, & Rempublicam defenderet; quod in his casibus peculiaris ratio interveniat: illis verò exceptis, firma omninò videtur regula in contrarium, ut nullus omninò sit Census, etiam publicus spectans ad principem, vel ad Ecclesiam, aut civitatem, qui saltem tempore centum annorum, vel immemoriali non præscribatur. Id quod amplius ex sequentibus conclusionibus constabit.

137 Objici tamen potest, saltem Censum constitutum per ultimam voluntatem, & temporalem constitutum ad certum numerum annorum, vel ad uitam, non posse extingui præscriptione, juxta superiùs dicta §. præcedenti, ubi statuimus, obligationẽ annuæ præstationis relictæ per ultimam voluntatem, vel promissæ ad certum numerum annorum, aut ad vitam promittentis, vel promissarij, non posse extingui præscriptione, antequam singulæ præstationes sint decursæ. At facilè ad hoc respondetur, esse diversam rationem in illis præstationibus annuis, atque in Censibus, quamvis eo modo constituti sint. Quia illæ præstationes sunt immediate, ac singillatim pro singulis annis relictæ, vel promissæ, ita ut ad unamquamque exigendam detur distinctum jus, & tot ex parte debitoris sint obligationes diversæ, quot præstationes solvendæ, seu quot anni, pro quibus debetur, ut ex dictis cõstat: unde ad obligationem cujusque anni extinguendam sua requiritur præscriptio, quæ non incipit currere, nisi post elapsum annum, quo præstatio talis anni soluta nõn est; & hinc fit ut nunquam obligatio pro futuris annis possit extingui præscriptione.

In Censu autem longè aliter se res habet, quia pro illius constitutione non conceduntur, neque promittuntur immediatè pensiones annuæ, sed datur immediatè jus ad eas singulis annis exigendas, quod jus est unicum, & totum à principio acquiritur, eique in debitore unica respondet obligatio respectu omnium pensionum: si enim esset multiplex, eo ipso à ratione Census deficeret, cùm Census suaptè natura, & essentialiter sit jus percipiendi plures pensiones distinctis, ac statutis temporibus solvendas, ut ex ejus definitione constat; quæ ratio non stat ubi ad singulas pensiones dantur singula, & distincta jura, atque in debitore singulæ, ac distinctæ obligationes respectu singularum pensionum. Quare sive Census sit constitutus per ultimam voluntatem, sive per contractum, sive per legem, & sive sit temporalis, sive perpetuus, semper est unicum jus, quod totũ à principio acquiritur, & ideò unica præscriptione perimi potest, quæ sta- 138

tim

tim à principio potest currere adversus illud, ita ut illud, omninò extinguat etiam respectu futurorum annorum, ubi fuerit completum tempus ad præscribendum requisitum.

Censum realem extingui præscriptione contra privatam personam spatio decem annorum, inter præsentes, & 20. inter absentes, si res, in qua erat constitutus possessa fuit toto eo tempore cum titulo, & bona fide, per tertium possessorem tanquam libera.

§. III.

SUMMARIUM.

Statuitur, & probatur conclusio in titulo proposita exemplo hypothecæ, à qua tertius rei possessor habens titulum, & bonam fidem liberatur præscriptione 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absenres. num. 239.

Regulare est, ut actiones reales præscribantur longo tempore, id est, decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes: oportetque ut interveniat titulus, & bona fides. ibidem.

Si autem dictus tertius possessor careat titulo, habeat autem bonam fidem, præscribet 30. annis, & sufficiet quod non habeat malam fidem eodem num. 239.

Si tertius possessor causam immediatè habeat à venditore malæ fidei, ignorante domino Census, solùm potest præscribere 30. annis. ibidem.

An dicta præscriptio Census realis, incipiat statim à die, quo res devenit ad tertium possessorem, existimantem bona fide eam esse liberam? n. 240. & seqq.

In opinione, quæ tenet obligationē Census realis esse propria hypotheca, sentiunt aliqui quod non incipit pracriptio adversus illam à die, quo res devenit ad tertium possessorem, sed à die, quo facta est excussio in bonis principalis debitoris. num. 241.

Alij verò multò probabilius contrarium docent. num. 242.

Solvitur fundamentum adversariorum. num. 243.

Vtrùm, quando principalis debitor semper solvit pensionem, etiam postquam tertius possessor rem pro tali pensione hypothecatam tamquam liberam ab eo accepit, currat dicta præscriptio adversus hypothecariam? n. 244.

Retenta verò opinione, quam Author, ut veram, & communem tuetur, tenente obligationem rei censualis non esse propria hypotheca, sed simplex onus talis rei, citra difficultatem asseritur præscriptionem adversus talem obligationem incipere currere à die, quo res devenit ad tertium possessorem, tamquam libera, idque licet primus debitor nunquam cessaverit in solvendis pensionibus. n. 245.

Secunda conclusio. Census realis, idest, constitutus super re aliqua, extinguitur, seu præscribitur contra personam privatam spatio 10. annorum inter præsentes, & 20. inter absentes, si res illa toto eo tempore fuit possessa, tamquam libera, cum titulo, & bona fide, per aliquem tertium possessorem, qui scilicet eam non subjecit Censui, nec est hæres ejus, à quo Censui subjecta fuit. Ita Balbus *de præscrip. 4. part. quarta partis principalis, q. 5. n. 4. vers. tunc enim, & q. 7. n. 4. vers. aut verò loquimur*, Guterres *practicarum quæstionum. lib. 1. q. 90. n. 2. & 3.* Solís *lib. 3. de Censibus, cap. 4. n. 12.* Gabriel Pereira plures referens *decis. 63. n. 5.* & Gaspar Roderic. *de annis reditib. lib. 2. q. 9. sub n. 64. vers. secundus casus.* Qui id probant arguméto hypothecæ, à qua 239

à qua tertius rei possessor habens titulum, & bonam fidem, liberatur præscriptione decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes, ut constat ex *l. 1. & 2. C. si adversus creditorem præscriptio opponatur*, & ex jure Lusitano, *lib. 4. Ordinat. tit. 3. §. 1.* notantque præter Doctores citatos, Petrus Barbosa *in l. cum notissimi in principio, n. 15. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*, & Molina *tomo 1. de justitia, disput. 69. num. 5.* Et quidem regulare est, ut actiones reales præscribantur longo tempore, ut notat idem Barbosa *in l. 3. Cod. de præscription. 30. vel 40. annorum, numer. 11. per l. finalem, Cod. de præscript. longi temporis.* Est autem præscriptio longi temporis, quæ perficitur decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes: oportetque ut procedat cum titulo, & bona fide. Covar. Pinel. & alij apud eundem Barbosam *loco proximè citato num. 12.* Si autem dictus tertius possessor careat titulo, habeat autem bonam fidem, præscribet triginta annis, ut *per l. si quis emptionis, §. 1. Cod. de præscription. 30. vel quadraginta annorum*, docet referens alios idem Barbosa *in dicta l. cum notissimi in principio, Cod. eodem, num. 17.* ubi addit sufficere, quod talis possessor sit in illo medio, quod datur inter bonam, & malam fidem; quia etiam hodie hæc sufficit ad præscribendum 30. annis, quod latiùs idem Author declarat in *Rubric. ejusdem tituli, à n. 52. & in l. si quis emptionis, in principio, n. 39. C. eodem.*

Notat etiam Gabriel Pereira *sup. num. 6.* si tertius possessor causam habet à venditore, qui sciens rem esse censualem, eam nihilominus vendidit ut liberam, domino Censûs ignorante, malam fidem Authoris nocere tali tertio possessori, ut non possit præscribere, nisi spatio 30. annorum, per *text. in Auth. malæ fidei, Cod. de præscription. longi temporis.* Si autem rem emisti, ut liberam, non immediatè ab eo, qui eam mala fide vendidit, sciens esse Censu oneratam, sed ab alio, qui bona fide illam emerat, ut liberam, addit idem Gabr. Pereira, quod in eo casu poteris longo tempore præscribere, & extinguere obligationem Census, eò quod vitium malæ fidei primi venditoris non porrigatur, per *dict. Auth. malæ fidei*, nisi ad immediatum emptorem, ut etiam relatis alijs, bene docet Pinel. *in Auth. nisi n. 34. & 35. Cod. de bon. mat.*

Difficultas verò est, an dicta præscriptio incipiat statim à die, quo res devenit ad tertium possessorem existimantem bona fide eam esse liberam? Cui ut planè satisfiat, resolvendum est ex superioribus, *sectione 7. à num. 117.* non convenire inter Doctores, an obligatio rei, in qua Census est constitutus, sit obligatio propriæ hypothecæ, & sic accessoria pro securitate obligationi personali ejus, qui Censum constituit, & hæredum illius, vel solùm sit quoddam onus rei non supponens ullam obligationem personalem, sed tantùm afficiens immediatè rem, & mediante illa ejus possessorem; ita ut re perempta, tota obligatio solvendi pensionem censualem extincta sit? In qua controversia prima sententia tenet, illam obligationem esse propriæ hypothecæ. Secunda, esse tantùm onus rei, adinstar servitutis, ut citato loco vidimus. 240

In præsenti ergo, retenta illa prima sententia, quòd realis obligatio censualis est propriæ hypothecæ, sentiunt multi non incipere dictam præscriptionem currere à die, quo res devenit ad tertium possessorem, sed à tempore, quo facta est excussio in bonis principalis debitoris; quia antè ejusmodi excussionem non potest creditor agere adversus eum tertium possessorem, *Auth. hoc si debitor, C. de pignor.* Contra impeditum autem de jure agere non currit præscriptio, 241

l. cum notissimi, §. *illud*, *Cod. de præscript. triginta*, *vel quadraginta annorum*. Ita loquendo absolutè de præscriptione contra hypothecam, qua tertius possessor tenetur, docent Alex. *consil.* 58. *n.* 9. *lib.* 5. Gama *decis.* 25. *num.* 5. *&* *decis.* 99. *num.* 3. *juncto num.* 4. ubi ait ita fuisse judicatum in hoc regno Lusitano, anno 1564. Azevedo, & alij, quos citat Petrus Barbosa *ad l.* 3. *Cod. de præscrip. triginta*, *vel quadraginta annorum à num.* 187. Et in specie de præscritione contra hypothecariam pro Censu à tertio possessore exigendo, Cassaneus *in consuetudines Burgund. rubr.* 11. §. 2. *sub num.* 36.

242 Alij nihilominus multò probabilius docent, non obstare factam non esse excussionem in bonis principalis debitoris, quominùs præscriptio contra hypothecariam incipere possit à die, quo res obligata devenit ad tertium possessorem. Ita Balbus *quarta parte quartæ partis principalis*, *quæst.* 3. *sub numero* 6. Negusantius *de pignor.* 6. *parte*, *membro* 2. *numero* 3. Pinelus *in Auth. nisi tricennale*, *num.* 48. *C. de bonis maternis*, Petrus Barbosa *loco proxime citato*, & in specie de præscriptione contra hypothecam censualem existentem penes tertium possessorem, Solís *lib.* 3. *de Censibus*, *cap.* 4. *sub num.* 12. *vers. secunda opinio est*, & multi alij, quos referunt. Probatur tum ex generalitate, *l.* 1. *&* 2. *Cod. si adversus creditorem præscriptio*; tum ex jure Lusitano *lib.* 4. *Ordinat. titulo* 3. §. 1. ubi expressè habetur, tempus, quo tertius rei possessor contra hypothecariam præscribit, computari à die, quo res ad eum pervenit cum titulo, & bona fide.

243 Nec fundamentum adversariorum vim habet; quia esto creditor non possit agere hypothecariâ adversus tertium possessorem ante excussionem principalis debitoris, tamen potest facilè hoc impedimentum tollere, & sic perinde habetur, ac si non fuisset impeditus, *l. quibus diebus*, *in principio. ff. de condit. & demonstrat.* latè Felinus *in cap. ex transmiss. n.* 1. *de præscription.* idemque aliquibus exemplis in rem præsentem confirmat Balbus *loco citato*, *num.* 7. *&* 8. Quare nihil dictæ præscriptioni obstat impedimentum, quod obtenditur ex eo quod non sit facta excussio in bonis principalis debitoris. Adde, licet in ordinarijs hypothecis non possit tertius possessor inchoare præscriptionem adversus hypothecariam, ante factam dictam excussionem, id non habere locum in specie, de qua loquimur; quia ut fatentur Authores illius primæ sententiæ relatæ *num.* 240. in qua nunc procedimus, hypotheca censualis est irregularis, & hoc habet speciale, ut creditor possit exigere pensionem à tertio possessore, non excusso principali debitore, ut vidimus *sectione* 7. *num.* 118. Vnde in hac specie cessat omnino impedimentum creditoris, propter quod in alijs hypothetis videbatur, non posse inchoari dicta præscriptio, antequam principalis debitor excuteretur, ut optimè notavit Solís *dicto versu*, *secunda opinio*, *in fine*.

Sed quid, si is, qui Censum constituit, & est principalis debitor, semper solvit pensionem creditori, etiam postquam tertius rem censualem, seu hypothecatam, ab eo accepit, & ut liberam bona fide possedit? Cassaneus *ubi supra*, multis rationibus probat non currere præscriptionem contra hypothecariam, quandiù creditor pensiones recipit à debitore principali, ita ut quamvis tertius per triginta annos rem cum bona fide possederit, tanquam liberam, nulla detur præscriptio, sed quandocumque debitor principalis cessaverit solvere pensiones, possit creditor agere hypothecaria adversus illum tertium possessorem. Quam sententiam, multis etiam adductis rationibus sequitur Gaspar 244

Rode-

Roderic. *de annuis reditibus*, *lib.* 2. *quæst.* 9. *sub num.* 65. *vers. sed opinio Cassanei.* Oppositum verò docet Solis *dicto vers. secunda opinio*, *paulò ante finem*, *juncto vers. sequenti.* Alij autem mediam sequuntur viam, ut Follerius *tract. de Censibus*, *verbo*, *hujusmodi censualia*, *num.* 95. *ad finem*, *pag.* 82. & Barbosa *in l.* 2. *Cod. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum*, *num.* 204. asserentes, si creditor ignoravit rem esse alienatam, quod de jure præsumitur. *l. verius*, *ff. de probationibus*, estque ignorantia probabilis, cùm sit, de facto alieno, *l. finali*, *ff. pro socio*, admitti posse in eo casu opinionem Cassanei, quod tunc nihil creditori imputari possit, ex quo jus amiserit postulandi Censum à possessore hypothecæ. Si autem scivit, & passus est rem possideri à tertio, tamquam omninò liberam, tunc, quia ei potest imputari negligentia, præscriptionem currere adversus eum. Hæc distinctio, quæ ab alijs etiam admittitur, quos refert Gaspar Roderic. *sub dicto num.* 65. mihi videtur verior, cujus secunda pars inde probatur à Barbosa: quia creditor sciens, & patiens rem possideri à tertio, ut liberam, videtur ex tali negligentia amittere suam quasi possessionem civilem. *l. quamvis*, 46. *ff. de acquirenda possessione*, *l. si de eo*, §. 1. *ff. eodem titulo*, & ideò quòd pensiones interim recipiat, non efficit quominùs possessor adversus eum præscribat. Prior verò pars sufficienter probatur ex adductis per Cassaneum, & Roderic. & faciunt quæ tradit Stephanus Gratianus *tomo* 2. *discep. forentium*, *cap.* 310. *num.* 32. ubi probat solutionem factam per debitorem principalem constituere creditorem in quasi possessione, eamque nocere debitori minus principali.

245 Retenta verò secunda sententia relata, *num.* 240. quòd obligatio rei censualis non est obligatio propriæ hypothecæ, sed simplex onus rei, quã ut veram, & communem defendimus *dicta sect.* 7. *num.* 120. *& seqq.* citra ullam difficultatem tenendum est, dictam præscriptionem incipere currere à die, quo res devenit ad tertium possessorem tamquam libera. Ratio patet, quia in hac specie non habet locum ulla excussio priùs facienda in bonis primi debitoris, ad hoc ut creditor possit agere adversus illum tertium possessorem, siquidem ubi res in eum fuit translata, nullã omninò manet obligatio in primo debitore, sed tota residet penes ipsum possessorem, & is tantùm est conveniendus pro pensionibus. Et ita cessat illud impedimentum creditoris, propter quod retenta illa alia sententia difficilè videbatur, præscriptionem adversus illum posse inchoari à primò die, quo res devenit tamquam libera ad tertium possessorem. Unde etiam in hac specie simpliciter videtur dicendum, minimè obstare dictæ præscriptioni, quod primus debitor nunquam cessaverit in solvendis pensionibus creditori, etiam ignoranti rem esse alienatam. Quia licet solutio continuata per debitorem principalem conservet creditorem in quasi possessione, quæ nocet debitori minus principali, ut non possit adversus eum præscribere: id non videtur procedere quando solutio fit per alium, qui non est principalis debitor, nec id facit ex commissione, aut voluntate ejus, cujus loco solvit, quia talis solutio, & si possit facere meliorem conditionem debitoris, etiam ignorantis, & inuiti, at deteriorem non potest, ut habetur *l. solvendo*, *ff. de negotijs gestis.*

(.:.)

Quod principalis debitor Census realis, ejusque hæres, non præscribit regulariter liberationem à tali Censu propter malam fidem: si autem bonam fidem habeat, quod illum præscribet spatio quadraginta annorum.

§. IV.

SUMMARIUM.

Principalis debitor Census realis, id est, qui rem suam Censui obligavit, non praescribit regulariter liberationem propter malam fidem. num. 246.

Si autem bonam fidem habeat, potest praescribere spatio 40. annorum. n. 247.

Quomodò stare possit, ut quis rem suam hypothecaverit, Censumve super ea constituerit, & nihilominùs eam possideat bona fide, tamquàm liberam? ibidem.

Si defunctus malam fidem habebat, & eadem in harede reperitur, non potest talis hæres praescribere: & è contra, si defunctus bonam fidem habuit, eadē que est in harede, potest hares praescribere, etiam ex persona defuncti, utendo accessione temporis, quo defunctus rem, ut liberam possedit. num. 248.

Si defunctus bonam fidem habuit, hæres verò malam, eo quod ante expletum tempus praescriptioni necessarium novit rem esse obligatam Censui, non potest cantra talem obligationem praescribere. ibidem.

Vtrùm quando defunctus malam fidem habuit, possit ejus hares praescribere, si habeat bonam fidem, & velit praescriptionem à se inchoari, non utendo accessione temporis, quo defunctus mala fide possedit? Prima sententia negat. n. 249.

Ejus fundamentum. n. 250.

Secunda sensentia affirmat. n. 251.

Tertia sententia distinguit, admittens dictum haredem posse praescribere tempore longissimo: non autem longo tempore. num. 252.

Iudicium Authoris. num. 253.

Solvuntur fundamenta primæ sententiæ. num. 254. & seqq.

Secundum jus Lusitanum, quando agitur de praescribendo contra hypothecam per debitorem principalem, vel ejus haredem, spatio viginti annorum inter praesentes, talis praescriptio censetur temporis longissimi, nec requirit titulum, sed tantùm bonam fidem. num. 254.

Ex repraesentatione defuncti malam fidem habentis, solùm fictione juris dicitur hares malam fidem habere, qua mala fides ficta non impedit praescriptionem temporis longissimi. num. 255.

Obligatio, qua hares tenetur exonerare animam defuncti, solvendo ejus debita, solùm habet locum, quandiù creditor non amittit jus exigendi solutionem: hoc autem jus amittit, harede adversus ipsum praescribente. num. 256.

Qui solùm remotè fuit causa damni non tenetur ad restitutionem. n. 258.

Si defunctus rem alienam mala fide vendidit, non liberatur ejus hares ab obligatione restituendi ex eo, quod emptor rem praescripserit, eodem num. 258.

Praescriptio habet vim solutionis respectu solius debiti, contra quod praescriptum est. ibidem.

Licet admittatur, quod hares tenetur exonerare animam defuncti, non obstante quod praescripserit rem possessam mala fide à defuncto, adhuc illa praescriptio ei multùm prodesse potest. n. 259.

Tertia conclusio. Principalis debitor Census realis, qui scilicet rem suam Censui obligavit, non præscribit regulariter liberationem à tali Censu, propter malam fidem; si autem bona fide rem, ut liberam possedit, præscribit spatio quadraginta annorum. Et idem dicendū de ejus hærede universali, ad quē illa 246

res

res devenit. Priorem partē hujus conclusionis tradunt Balbus 2. *parte quartæ partis principalis*, *q*. 7. *n*. 4. & Valascus *consult*. 49. *n*. 10. Et constat facile argumento hypothecæ, contra quam licet principalis debitor præscribere potuisset cum mala fide, attento jure civili, ut probat textus *in l. cum notissimi*, §. 1. *C. de præscript* 30. *vel* 40. *annorum*: hodie tamen ex dispositione juris canonici ea præscriptio non procedit, *cap. fin. de præscript*. Balbus *ubi sup. q*. 3. *n*. 1. Barbosa *dicta l. cum notissimi*, *in principio*, *n*. 32. & alij, quos refert. Quando enim præscriptio ad peccatum inducit, ut in præsenti, juri canonico eam excludenti standum est. Atque in specie dictam præscriptionem cum mala fide excludit jus Lusitanum, loco statim citando.

247 Alia pars, quod scilicet ille debitor præscribere potest cum bona fide, spatio quadraginta annorum, probatur similiter argumento hypothecæ, contra quam ipse principalis debitor hodie illo temporis spatio præscribit cum bona fide, ut probat *d. l. cum notissimi*, *in principio*, *juncto* §. 1. & habetur expresse jure Lusitano *lib*. 4. *Ordin. tit*. 3. §. 1. & ratio est, quia, ut ait Baldus *consil*. 319. *fine*, *lib*. 1. & ex eo Barbosa *sup*. *n*. 21. terminus 40. annorum est terminus omnium actionū, qui præteriri non potest; quia est terminus vitæ, & mortis ipsarum actionum. Imò jus Lusitanum *loco cit*. solùm ad præscribendum inter absentes exigit in casu proposito 40. annos absque mala fide: inter præsentes verò requirit tantùm 20. quod si quæras, quomodò stare possit ut quis rem suam hypothecaverit, Censumve super ea constituerit, & nihilominùs eam possideat bona fide, ut liberam, prout necessarium est ad præscribendum? Respondet facilè Barbosa *sup*. *n*. 33. posse hoc stare quando non per se ipsum, sed per procuratorem rem obligavit, nec de tali obligatione per procuratorem imposita certior fuit factus. Addo, posse etiam id contingere, quando rem per se ipsum obligavit, at remissionem talis obligationis obtinuit ab aliquo, quem putabat habere potestatem ad remittendum, cum re ipsa eam non haberet.

Quod denique idem dicendum sit de hærede debitoris principalis; quæ erat ultima pars conclusionis, sine difficultate procedit, quando in hærede continuatur eadem fides, cum qua defunctus rem, ut liberam possidebat. Nam si defunctus malam fidem habebat, & eadem reperitur in hærede certissimū est hunc præscribere non posse, quemadmodùm non poterat præscribere defunctus: & è contra, si defunctus bonam fidem habebat, eademque est in hærede, non dubium est, posse hæredem præscribere, idque non tantùm ex propria persona, sed etiam ex persona defuncti, utendo accessione temporis, quo defunctus rem ut liberam possedit, ut est notissimum. Nulla etiam difficultas est, quando defunctus bonam fidem habuit, hæres verò malam, eo quod ante expletum tempus præscriptioni necessarium, novit rem esse Censu oneratam: tunc enim minimè præscribet. Nam licet secundum jus civile ad præscriptionem sufficeret adesse bonam fidem à principio, ut constat *ex l. unica*, *C. de usucapione transformanda*, & præsupponitur *in l. si quis emptionis*, §. 1. *C. de præscript*. 30. *vel* 40. *annorum*: hodie tamen id non admittitur quia jus canonicum præscriptioné impedit, quocumque tempore mala fides interveniat; *cap. fin. de præscript*. & notat Petrus Barbosa *in d. l. si quis emptionis*, *in principio*, *n*. 42. 248

Non levis autem difficultas est, utrùm quando defunctus malam fidem habuit, possit ejus hæres præscribere, si bonam fidem habeat, & velit præscriptionem à se inchoari, non utendo accessione temporis, quo prædecessor mala fide possedit. Negant agendo 249

in specie de præscribenda liberatione à Censu reali. Balbus 4. *part. quarta partis principalis*, *q.* 7. *n.* 4. & Valascus *consult.* 49. *n.* 10. Hoc ipsum in terminis generalibus, docent idem Valasc. *consult.* 95. *n.* 8. ubi id ampliat, ut procedat etiam quoad præscriptionem temporis longissimi, Molina, *disp.* 65. *n.* 4. & plures alij, quos citant, estque cōmunis sententia, præsertim spectato jure civili: nam secundùm jus canonicum, multi censent dictum hæredem præscribere posse, si ex propria persona velit præscriptionem incipere, ut videre est apud Petrum Barbos. *in Rubrica*, *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, *n.* 234.

250 Fundamentum hujus sententiæ sumitur ex celebri textu, *in l. cum hæres*, *ff. de diversis*, *& temporalibus præscriptionibus*, ubi expresse habetur, hæredem illius, qui rem possidebat cum mala fide, præscribere non posse, etiam si ipse bonam fidem habeat. Quod similiter habetur *in l. ultima*, *C. communia de usucapionibus*, *& §. Diutina*, *Inst. de usucapionibus*. Ratio verò est, primò, quia hæres repræsentat personam defuncti, & ideo mala fides defuncti ei nocet. Secundò, quia hæres tenetur exonerare conscientiam defuncti, *cap. fin. de sepulturis*, *& cap. in literis de raptoribus*. Unde licet hæres inchoando à se præscriptionem legitimè videatur præscripsisse tamē cum anima defuncti semper sit onerata donec malè ablatum restituatur, *cap. peccatum de regulis juris in* 6. nulla obstante præscriptione cogetur restituere, & ita nunquam in effectu rem præscribet.

251 Gontrariam sententiam, quod imò possit talis hæres se tueri præscriptione, si velit eam à sua persona inchoari, tenet indistinctè, relatis alijs, Solis *lib.* 2. *de Censibus*, *c.* 1. *n.* 32. eandem magis approbat Menchaca *illustrium controversiarum*, *cap.* 73. *n.* 5. & videtur etiam tenere Covar. *in regula possess.* 2. *part.* §. 9. *sub. n.* 1. ubi pro ea considerat ultima verba *dicta l. cum hæres*; ibi, *nec enim rectè defendetur*, *cum exordium rei bonæ fidei ratio non tueatur*; quibus verbis satis insinuat Iurisconsultus, solùm ea lege excludi præscriptionem, qua hæres se velit tueri, utendo ad complementum illius acceptione temporis, quo defunctus mala fide possedit. Et hoc est præcipuum fundamentum hujus sententiæ. Quod etiam desumitur ex alijs textibus pro superiori sententia adductis, in quibus ea tantùm ratione excluditur dictus hæres bonæ fidei, ne possit præscribere, quòd talis præscriptio justum initium non habuerit.

Alij verò admittunt dictum hæredem volentem à se præscriptionem incipere, posse præscribere tempore longissimo, id est, 30. vel 40. annorum; & solum excludi, ne possit præscribere longo tempore, id est, decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes. Ita Petrus Barbosa *in rubrica*, *Cod. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, *num.* 239. *&* 240. *juncto num.* 215. *cum. seqq.* additque hic Author, hanc sententiam procedere etiam spectato jure canonico. Quod verò admittatur præscriptio temporis longissimi incipiens ab hærede, tenent plures apud Valascum *dicta consult.* 95. *sub num.* 8. ubi tamen malè pro ea refert Bartholum, idque magis receptum esse asserunt Tiraq. *tract. de præscript. gloss.* 2. *vers. & hæc posterior*, Socinus *consilio* 203. *n.* 2. *ad fin. lib.* 2. Menchaca *sup. n.* 7. Probaturque hac ratione à Barbosa *supra*; quia præscriptio temporis longissimi procedit jure civili, cum vera mala fide: ergo à fortiori cum ficta, qualis est quæ fingitur in hærede ob repræsentationē defuncti, qui rem cum mala fide possedit: & ita non debet censeri, quod per leges pro prima sententia allegatas fuerit exclusa ejusmodi præscriptio. Neque etiam quod jus canonicum eam impediat; quia hoc jus, licet vetet præscriptionem cum vera mala fide; 252

de ; non tamen cum ficta, ut advertit Baldus *consil. 199. n. 10. lib. 1.* & Corneus *cons. 16. n. 6. ad finem, lib. 2.*

253 Omnes hæ sententiæ sunt probabiles ; secunda verò, & tertia, quatenùs conveniunt in admittenda præscriptione temporis longissimi incipiente ab hærede, videntur præferendæ, idque nobis sufficit ad omnimodam veritatem ultimæ partis nostræ conclusionis ; siquidem admissa tali præscriptione, quemadmodum primus debitor habens bonam fidem potest ex propria persona spatio quadraginta annorum præscribere liberationem ab hypotheca, & Censu super re sua constituto, ita id etiam potest hæres bonæ fidei, quando defunctus, cui in re obligata successit malam fidem habuit, in quo tantùm erat difficultas.

254 Nec fundamenta primæ sententiæ, quæ sola nobis adversatur, magnum facessunt negotium. Nam leges pro illa adductæ, vel solùm probant, non posse hæredem præscribere juvando se accessione temporis, quo defunctus rem mala fide possedit, ut in fundamento secundæ sententiæ declaratum est ; vel si etiam excludunt præscriptionem incipientem ab hęrede, procedunt de pręscriptione longi temporis, non verò temporis longissimi, ut pro tertia sententia probatum est. Ubi adverte, quod in hoc regno, quando agitur de hęrede pręscribente contra hypothecam inter pręsentes, tempus longissimum censeri viginti annorum, quia loco pręscriptionis quadraginta annorum, quam jus commune constituit, ut principalis debitor, vel ejus hęres, pręscribere possit contra hypothecam, jus hujus regni, *lib. 4. Ordinat. tit. 3. §. 1.* constituit pręscriptionem inter pręsentes viginti annorum ; & ita hoc tempus in tali casu debet apud nos censeri longissimum, ex regula, quod subrogatum sapit naturam ejus, pro quo subrogatur ; & potest confirmari ex ijs, quę in simili tradit Barbosa *in l. 3. n. 276. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum.* Satisque apertè sumitur ex *eodem §. 1. legis Lusitanæ*, ubi ad talem præscriptionem, non postulatur titulus, sed solùm quòd non constet de mala fide illarum personarum ; quod est proprium præscriptionis temporis longissimi.

Ad primam deinde rationem petitam ex eo, quod hæres repræsentat personam defuncti, qui præscribere non poterat propter malam fidem. Respondetur ex repræsentatione defuncti malam fidem habentis, solùm fictione juris dici hæredem malam fidem habere ; quæ mala fides ficta non impedit præscriptionem temporis longissimi, ut in fundamento tertiæ sententiæ ostensum est. Præterea repræsentatio illa solùm potest efficere, ne hæres præscribat ex persona defuncti, utendo titulo, & tempore, quo defunctus rem possedit : nos autem solùm dicimus hæredem posse præscribere ex propria persona spatio quadraginta annorum ; ad quam præscriptionem non est necessarius titulus, sed solùm quòd possessor veram malam fidem non habeat. 255

Ad secundam rationem desumptam ex eo quod hæres tenetur exonerare animam defuncti, respondetur eam obligationem solùm habere locum, quandiù creditor, cui defunctus erat debitor, non amittit jus exigendi solutionem : per præscriptionem autem, qua hæres præscripsit, amisit creditor illud jus ex dispositione legis, quæ illius negligentiam hac ratione punire voluit. Et confirmatur, quia pręscribens contra creditorem dicitur ei soluisse, *l. si pupillus, ff. de administratione tutorum*, & ita ubi hęres pręscripsit, censetur soluisse, & consequenter exonerasse animam defuncti. Quod ita in terminis advertit Aretinus *in l. Pomponius, §. cum quis n. 7.* & ibi Iason. *n. 23. ff. de acquirenda possessione*, & latius Menchaca *dicto cap. 75. n. 11.* 256

num. 11. vers. denique, & seq.

157 Oppones, hoc ipso, quòd defunctus injustè retinendo rem alienam, seu non solvendo Censum, causam dedit, ut hæres præscriberet, & dominus jus suum amitteret, mansisse obnoxium restitutioni, & consequenter hanc deberi ab hærede, non obstante, quod rem præscripserit, quo pacto si idem defunctus rem vendidisset, & emptor illam præscriberet, non propterea liberaretur hæres ab obligatione resarciendi damnum, quod domino sequutum fuit, ex eo quòd defunctus, rem injustè vendendo, tribuerit emptori præscribendi conditionem.

158 Respondet ad hanc objectioné Barbosa *supra num.* 370. illam injustam retentionem, qua defunctus rem alienam retinuit solùm fuisse causam remotam damni, quod domino sequutũ fuit, proximam verò fuisse negligentiã domini, & authoritatem legis: qui autem solùm remote dat causam damno, non teneri ad restitutionem, & sic nullam inde obligationem redundare in hæredem resarciendi illud damnum. In casu autem, quo res fuit præscripta per emptorem, aliter videtur dicendum; quia defunctus rem vendendo, tamquam suam tribuit emptori possessionem bonæ fidei, cujus favore potissimum inducta fuit præscriptio actionum realium, eaque est præcipua pars talis præscriptionis, ut ex Bartholo affirmat Barb. *in l. 3. n. 22. C. de præscriptione* 30. *vel quadraginta annorum*; & ita defuncto eam causam danti debet imputari damnum, quod dominus ex illa præscriptione patitur; ac proinde ubi emptor rem præscribit, tenebitur hæres defuncti illud damnũ resarcire: neque illi prodest quod præscriptio habet vim solutionis; quia hanc vim habet solùm respectu debiti, contra quod præscriptum est, & non extenditur ad debitum diversum, ut declarat Barbosa *in l. cum notissimi, in principio, num.* 38. *C. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum*; qui inde infert præscripto debito principali, non ob id censeri sublatam hypothecam: debitum verò hæredis est diversum à debito prædicti emptoris, cùm ille emptor solùm esset debitor ratione rei acceptæ, hæres verò ratione injustæ acceptionis, seu damni illati, ex eo quod emptor rem præscripserit. In nostro autem casu defunctus solùm injustè retinuit rem alienam, non verò tribuit hæredi possessionem illius, cùm rem illi non tradiderit, sed ipse hæres illam occupavit, & obtinuit cum eisdem conditionibus, & defectibus, cum quibus erat penes defunctum; & ita non censetur defunctus illi dedisse causam proximam, unde rem præscriberet; acproinde cessat ratio, ob quam teneatur ad resarciendum damnum, quod hærede rem præscribente domino infertur.

Addo præterea, licet admittamus dictum hæredem postquam rem præscripsit, teneri per se loquendo resarcire damnum, quod per talem præscriptionem domino rei illatum est, non propterea censendum esse inutilem illam præscriptionem; quia cùm rem præscripserit ex propria persona, & non habeat illam ut hæreditariam, potest eam retinere, & solùm juxta vires cæterorum bonorum, quæ jure hæreditario ad ipsum devenerunt, tenetur exonerare animam defuncti, & damnum ab eo illatum resarcire. Unde si fortè nulla alia bona defuncti ad ipsum pervenerunt, ad nihil tenetur. Ita Barbosa *in rubrica, Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, *n.* 273. ubi satis ingeniosè in hanc sententiam adducit, & explicat Alexand. *in l. Pomponius, §. cùm quis, n. 21. ad medium, ff. de acquirenda possessione*, dum asserit sententiam, quæ affirmat teneri hæredem, qui rem præscripsit exonerare animam defuncti, procedere si talis hæres fecit inventarium. 159

Censum

Censum Personalem extingui præscriptione contra privatam personam spatio 30. annorum, si debitor toto eo tempore bona fide pensionem non solvit.

§. V.

SUMMARIUM.

Statuitur conclusio in titulo proposita ex authoritate Doctorum. n. 260.

Ejus fundamentum ex jure. n. 261.

Actio personalis præscribitur regulariter spatio 30. annorum. n. 261.

Vtrùm ad ejusmodi præscriptionem sit necessaria bona fides? ibidem.

Debitor principalis regulariter bonam fidem non habebit: bene tamen ejus hæres: eaque in ipso hærede sufficiet ad dictam præscriptionem. n. 262.

Quando etiam ipse debitor principialis bonam fidem habere poterit? ibidem.

Ad prædictam præscriptionem 30. annorum non requiritur titulus. eodem numero. 262.

An, si personali obligationi solvendi pensionem censualem accesserit hypotheca, satis sit quòd dicta præscriptione 30. annorum sublata sit illa obligatio principalis, ad hoc, ut etiam maneat extincta obligatio hypotheca? Proponuntur rationes dubitandi pro parte affirmativa. num. 263.

Statuitur tamen pars negativa. ibidem.

Respondetur ad rationes dubitandi. n. 264. & 265.

Præscriptio habet vim solutionis respectu obligationis, contra quam præscriptum est, & non extenditur ad diversam. num. 265.

Obligatio hypotheca est diversa à debito principali: hoc autem sublato alio modo, quàm per præscriptionem, tollitur etiam obligatio hypotheca. ibidem.

Præscriptio debito principali, tollitur obligatio fidejussoris, qui intervenit postquam præscriptio debiti principalis per multos annos cucurrerat, licet aliud sit in obligatione hypotheca. num. 266.

Quarta conclusio. Census Personalis extinguitur præscriptione contra privatam personam spatio 30. annorum, si debitor toto eo tempore bona fide pensionem non solvit. Hanc desumo ex Saliceto *in l. cum fidem, col. 1. ad finem, C. de non numerata pecunia*, Balbo 4. *part. quartæ partis principalis, q. 5. n. 2.* Barbosa *ad l. 2. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum sub num. 162.* & alijs quos referunt, dum in casu, quo quis debebat singulis annis decem nomine pensionis, & per 30. annos solvit tantùmodò quinque, putando bona fide se nihil amplius debere, resolvunt eum præscripsisse liberationem à solvẽdis alijs quinque. Eadem autem est ratio de toto, quæ de parte, & è contra, *l. quæ de tota, ff. de rei vendicatione, & l. quæ de tota, ff. de regulis juris.* Idem in simili tenet Barbosa *supra num. 153. & 155.* ubi cum alijs tradit, si colonus non solvat pensiones spatio 30. annorũ cum bona fide, illas præscribere, & manere prorsus liberum etiam à futuris pensionibus solvendis. 260

Fundamentum est, quia actio personalis, qualis est, quæ ad ejusmodi pensiones creditori competit, præscribitur regulariter spatio 30. annorum, *l. sicut, C. de præscriptione 30. vel 40. annorum*, & nunquam tollitur minori spatio, *l. 2. C. de constituta pecunia, l. hæreditas, C. in quibus causis cessat longi temporis præscriptio.* Estque necessaria bona fides ad hujusmodi præscriptionem, non quidem secundùm commune jus civile, sed ex dispositione juris canonici, *in cap. finali, de præscriptionibus.* Quod 261

Quod licet negetur à Bartholo *in l. sequitur*, §. *si viam*, *n*. 2. *ff. de usucapionibus*, & multis alijs apud Barbosam *in dicta l. sicut*, *num*. 30. est tamen longè verius, ac receptus, ut probat idem Barbosa *n*. 37. præsertim quando debitori non solventi toto illo tempore potest imputari mora, seu culpa, ut si interpellatus nõ solvit, vel si in cõtractu fuit constituta dies, seu terminus, intra quem solvere deberet: in quo casu plurimi DD. qui aliàs Bartholo assentiuntur, negant posse hodie præscriptionem procedere, ut videre est apud eundem Barbosam *n*. 61. idque mihi est certissimum, cùm in tali casu præscriptio ad peccatum induceret; quæ fuit ratio, ob quam *in dicto cap. final. de præscriptionibus*, fuit omninò exclusa præscriptio cum mala fide, ut patet ex textu, ibi, *quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est*. Atque hoc ipsum apertius procedit jure Lusitano, *lib*. 4. *Ordin. tit*. 79. *in principio*, ubi expressè cavetur, ut præscriptio extinctiva actionis personalis non habeat locum in debitoribus malam fidem habentibus, ne peccandi occasio tribuatur.

Neque juxta idem jus Lusitanum potest per se loquendo considerari, quod saltem in casu, quo debitor non tenetur solvere nisi interpellatus, potest absque peccato præscribere dictam actionem spatio 30. annorum, si toto eo tempore non solvat, eo quod interpellatus non fuerit, nihil obstãte quod debitum non ignoraverit. Hoc, inquã, non potest considerari; quia jure Lusitano *loco cit*. expressè habetur, præscriptionem talium actionum personalium non incipere, nisi à die, qua solutio fieri debebat: unde in casu proposito non posset incipere, neque currere præscriptio, nisi post interpellationem, quando debitor jam per se loquendo esset in mora culpabili, ut patet. Cæterùm nobis ad præsens institutum satis est, quod absque bona fide seu probabili ignorãtia, non possit quis præscribere debitum, quod etiam non interpellatus solvere tenetur. Nam debitor ex contractu censuali in mora constituitur, non solvendo singulis annis pensionem, etiam si non interpelletur, cùm ad solutionem singularum pensionum singuli anni assignati sint pro termino, qui pro homine interpellat; unde consequens est, qui scienter, seu mala fide, non solvit, præscribere non posse, sed eum tantùm, qui ignoranter, seu cum bona fide, existimando probabiliter, se non debere.

Regulariter autem hanc bonam fidem non habebit principalis debitor, bene tamen ejus hæres, *l. qui in alterius*, *ff. de regulis juris*, eaque in ipso hærede sufficiet ad dictam præscriptionem, ut in specie notat cum alijs Barbosa *ad* 2. *C. de præscript*. 30. *vel* 40. *annorum*, *n*. 156. & constat ex dictis circa precedentem conclusionem, quanvis repugnat Balbus *q*. 5. *num*. 2. & communior sententia. Interdum tamen etiam ipse principalis debitor bonam fidem habere potest, ut quando fuit obligatus ex pacto per procuratorem, vel ex aliquo testamento, quod ignoravit, ut advertit idem Balbus, & Barbosa *in l. cum notissimi*, *in principio num*. 33. *C. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, & cum ea præscribet dicto spatio 30. annorum, quanvis titulum non habeat, quia ad præscriptionem temporis longissimi, qualis hæc est, titulus non requiritur, ut per *l. finalem*, §. *sin autem sub conditione*, *C. communia de legatis*, notat Barbosa *in rubric. C. de præscription*. 30. *vel* 40. *annorum*, estque communis sententia. 261

Dubitari verò potest, an si personali obligationi solvendi pensionem censualem accesserit hypotheca, satis sit, quod dicta præscriptione 30. annorum sublata sit illa obligatio principalis, ad hoc ut etiam maneat præscripta, & extincta obligatio hypothecæ? Ratio dubitandi pro parte affirmativa est, primò, quia obligatio accesso- 262

ria, qualis est hypothecæ, *l. 2. C. per quas personas*, non potest subsistere sine suo principali, *l. cùm principalis, ff. de regulis juris*; & in specie id probat, *l. grege, §. cum pignori, ff. de pignoribus, & l. 2. Cod. si pignori datum sit.* Secundò, quia præscribens similis est solventi, *l. si pupillus, in fine, ff. de administratione tutorum.* Unde quemadmodum per solutionem tolli videtur hypotheca, *l. item liberatur, cum glossa, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur*, ita etiam debet tolli per præscriptionem; quod videtur decerni in *l. si differente, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur.* Dicendum nihilominùs est, quòd licet obligatio principalis præscripta sit triginta annis, tamen ea sublata, durat adhuc hypothecaria per decem annos; cùm hæc non præscribatur per debitorem principalem, neque per ejus hæredem, (de quo casu hìc loquimur) nisi spatio quadraginta annorum, ut constat ex supra dictis ad conclusionem tertiam. Et ita hanc resolutionem tradunt Balbus, *quarta parte quarta partis principalis, quæst. 3. num. 2.* Neguzantius *de pignoribus, parte sexta, membro 2. num. 5.* & Barbosa *in l. cum notissimi, in principio, num. 35. Cod. de præscriptione 30. vel 40. annorum.*

164 Ad primam rationem dubitandi pro parte contraria respondetur, licet à principio non possit consistere hypotheca sine debito principali, tamen postquàm semel debitum principale fuit contractum, eique accessit hypotheca, posse hypothecam subsistere, debito illo perempto, *l. 2. Cod. de luitione pignoris*, Bartholus, *l. fidejussor obligari, in principio. ff. de fidejussoribus.* Cujus traditionis eam rationem probabiliorem credit Barbosa *supra num. 37.* quam tradit Glossa *in dicta l. cum notissimi, §. 1. Cod. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum*; quia actio personalis, qua creditor illud debitum exigere poterat, non tollitur mero jure per præscriptionem triginta annorum, sed tantum parat exceptionem, qua opposita illa actio eliditur; id quod idem Barbosa latè probat, & defendit ad *l. sicut, à num. 195. Cod. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum.* Cùm autem actio illa non tollatur dicta præscriptione triginta annorum, mirum non est, quod etiam post illud temporis spatium subsistat, & duret hypotheca per decem annos. Hæc tamen ratio mihi est suspecta, cùm innuat, vel supponat, quod elisa actione personali ope dictæ exceptionis ob lapsum triginta annorum, non subsistat amplius hypothecaria, donec compleantur quadraginta anni; quod Doctores non dicunt, & est contra textum, *in dicta l. 2. C. de luitione pignoris*, ibi, *intelligere debes, vincula pignoris durare personali actione submota.*

Ad secundam respondetur, præscriptionem habere vim solutionis respectu obligationis, contra quam præscriptum est, & non extendi ad diversam, *l. 1. §. hoc interdicto, ff. de itinere, actuque privato*: unde præscripto debito principali non propterea censetur sublata obligatio hypothecæ quæ est diversa à debito principali, *l. solvitur. §. 1. ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvitur.* Ita respondet Barbosa *in dicta l. cum notissimi, in principio, num. 38.* qui bene ex aliquibus juribus advertit, prædictam resolutionem non procedere quando debitum principale tollitur alio modo, quam per præscriptionem, ut si tollatur per pactum, vel etiam quando propter juramentum debitum principale habetur pro soluto, quod tunc ratio, quæ tollit principale debitum, etiam hypothecam tollere debeat. 165

Quod, si quæras, utrùm prædicta circa hypothecam, locum etiam habeant in fidejussore, ut scilicet præscripto principali debito non propterea cesset obligatio fidejussoris, qui inter- 166

intervenit, postquam præscriptio debiti principalis per multos annos cucurrerat? Respondet negativè Barbosa *supra num.* 42. contra Salicetum, quia licet hypothecaria duret, etiam si ex post facto debitum principale extinguatur, *l.* 2. *Cod. de luitione pigneris*: tamen obligatio fidejussoris extinguitur, quamvis ex post facto debitum principale extinguatur, *l. si hæres pecuniam, & ibi omnes, ff. ad Trebellianum, l. cum quis, §. finali*, & ibi Glossa, & Bartholus *ff. de solutionibus*. Vnde in hoc articulo probat resolutionem Baldi in *l. tam mandatori, numer.* 18. *Cod. de non numerata pecunia*. quod nimirum si debitum principale extinguatur per præscriptionem, censetur etiam in consequentiam extincta obligatio fidejussoria: si verò non tollatur ipso jure, sed ope exceptionis, ut est regulare, adhuc mero jure subsistet obligatio fidejussoris, in hoc tamen sensu, quod poterit fidejussor ex persona præscribentis opponere exceptionem præscriptionis, juxta regulam *l. exceptiones, §. rei, ff. de exceptionibus*.

Quemlibet Censum spectantem ad Ecclesiam, Principem, vel Rempublicam extingui regulariter præscriptione 40. annorum.

§. VI.

SUMMARIUM.

Vniversim loquendo quodlibet jus, etiam publicum, silentio quadraginta annorum prorsus extinguitur. n. 267.

Census debiti Ecclesiæ præscribuntur spatio quadraginta annorum, numero. 268.

Contra Romanam verò Ecclesiam solùm præscribitur tempore centum annorum. ibidem.

Contra Principem præscribitur regulariter Census, tam realis, quàm personalis, spatio quadraginta annorum. num. 269. & 271.

Census, & tributa, quæ solvuntur Principi supremo in recognitionem universalis subjectionis, nunquam præscribuntur. Subjectio autem debita Episcopo, & alijs Prælatis inferioribus præscribi potest. numero 269.

Etiam tributa, & Census, qui Principi solvuntur pro stipendijs militum, vel in regni creatione constituti sunt ad sustentandum Regem, nunquam præscribi possunt. n. 270.

Census Principi venditi, donati, aut relicti, solùm spatio centum annorum præscribuntur. ibidem.

Census, & bona, quæ ad Regem spectant jure privati, ut quæ habebat antequàm esset Rex, vel quæ postea emit jure privati possidenda, præscribuntur jure ordinario, sicut contra privatum. n. 271.

Census, & jura publica civitatum possunt regulariter tolli præscriptione 40. *annorum, n.* 272.

Non solùm autem bona spectantia ad civitates non recognoscentes superiorem, sed etiam spectantia ad inferiores, præscribi nequeunt minori spatio, quam 40. *annorum. ibidem.*

Census venditi, vel donati, aut relicti civitatibus solùm præscriptione centum annorum tolli possunt. eodem n. 272.

QUinta conclusio. Quilibet Census, tam realis, quàm personalis, spectans ad Ecclesiam, Principem, vel Rempublicam, seu civitatem, extinguitur regulariter præscriptione 40. annorum. Hæc sumitur ex *l. omnes* 4. *C. de præscript. triginta* 267

triginta, vel quadraginta annorum, ubi universim statuitur, ut quodlibet jus, tam publicum, quàm privatum 40. annorum silentio prorsus extinguatur; & notat Barbosa, ibi *num.* 20. hanc legem fuisse principaliter conditam ad inducendam præscriptionem jurium publicorum, ut scilicet, quamvis in eis locum non habeat præscriptio 30. annorum, tamen præscribantur 40. annis. Vnde *num.* 27. infert, quod etiam jura publica civitatis præscribuntur spatio 40. annorum, non obstante *l. præscriptio, C. de operis publicis*, ubi dicitur præscriptionem non obsistere juri publico civitatis; quod id debeat intelligi de præscriptione ordinaria, & de ea, quæ est 30. annorum: non verò de præscriptione 40. annorum, quæ per *dictam l. omnes*, inducta est. Quamvis hoc limitandum sit, ut non procedat in rebus publicis destinatis ad publicos usus; quòd hæ neque tempore quadraginta annorum, neque centum annorum, & fortè, neque etiam immemoriali, usucapi possint, ut latè cum suis modificationibus declarat idem Barbosa *à num.* 28.

268 Descendendo autem magis ad particularia, & terminos conclusionis propositæ, illud imprimis constat, Census debitos Ecclesiæ præscribi spatio quadraginta annorum, juxta *cap. de quarta, cap. ad aures, & cap. illud, de præscriptionibus, & cap. 1. & 2. eodem titulo, in sexto*, ex quibus textibus ad præscribenda jura, & actiones contra Ecclesias, quadragennalis possessio requiritur, & sufficit, revocatis hac in parte antiquis canonibus, ex quibus olim tricennalis possessio sufficiebat. Video posse quoad Census opponi *textum in cap. constitutus, de religiosis domibus*, ubi cum opponeretur præscriptio contra quandam Ecclesiam, cui per quadraginta annos non fuerat solutus quidam Census ei reservatus, non fuit talis præscriptio admissa. Sed ad hoc bene, respondet Barbosa *in l. comperit, num.* 37. *C. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum*, propterea non fuisse admissam eam præscriptionem, quia constabat de mala fide non solventis, ut ibi advertit Cardin. *oppositione* 18. & Thesaurus *decis. Pedamontana* 114. *num.* 6. Neque limitanda venit hæc resolutio, ut non procedat in Censibus Ecclesiæ venditis, donatis, aut relictis. Nam licet in *l. final. Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, concessum fuerit Ecclesiæ, & pijs locis, ut bona illis vendita, donata, vel relicta non possent præscribi, nisi spatio centum annorum: id fuit emendatum *in Auth. quas actiones, ibidem subjuncta*, ut notat Boerius *decisione* 264. *num.* 21. & patet satis ex ipso textu, ubi actiones, quæ contra privatos præscribuntur spatio triginta annorum, eæ si religioso loco competant, quadragennaria præscriptione excluduntur. Contra Romanam verò Ecclesiam, solùm præscribitur spatio centum annorum, ut cavetur *eadem Auth. quas actiones, & cap. ad audientiam*, (ubi in specie est sermo de Censu) *& cap. cum nobis, de præscriptionibus.*

Deinde quod etiam contra Principem tam Census realis, quàm personalis, præscribitur regulariter quadraginta annis, tradit in specie contra plurimos Barbosa, *loco supra citato num.* 30. *&* 31. per regulam generalem, *textus in l. omnes, Cod. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum.* Limitat autem hanc resolutionem tripliciter. Primò, ut non procedat in Censibus, & tributis, quæ solvuntur Principi in recognitionem dominij, & universalis subjectionis; quòd hæc nunquam præscribi possit, ut expressè probat *cap. 2. in fine, de Censibus*, & constat ex ea ratione, quia ut ipsa subjectio nulla præscriptione tolli potest, *cap. non liceat, de præscription.* sic etiam nec quod in 169

signum illius solvitur, Hoc tamen intellige de subjectione debita principi supremo: nam quæ debetur alteri inferiori, ut Episcopo, & alijs prælatis Papæ inferioribus, præscribi potest, juxta notata in *dicto cap. cum non liceat*; unde etiam Census ratione talis subjectionis debitus præscriptione extingui poterit, Panormit, *in cap. Ad audientiam*, *num.* 18. *de præscription. & capit. significavit*, *in fine*, *de Censibus.* Nata *consilio* 406. *numer.* 12. *libro* 2. Cynus, Salicetus, Fulgosius, & alij apud Barbosam *in dicta l. comperit*, *n.* 35. *&* 36.

270 Secundò limitat, ut etiam non procedat in tributis, & Censibus, quæ principi solvuntur pro stipendijs militum, ad tuendam Rempublicam; quæ etiam nunquam possunt præscribi, *l.* 2. *in fine*, *C. de exactor. tribut. lib.* 10. propter magnum præjudicium, quod ex tali præscriptione sequeretur Reipublicæ. Unde infert idem Barbosa *num.* 22. præscribi etiam non posse, quæ in creatione regni populi separarunt ad sustentandum Regem, & ejus familiam, secundùm regiam dignitatem, quod alioqui Rempublicam tueri, & conservare non posset. Tertiò tandem limitat *numer.* 30. ut non procedat in Censibus principi venditis, donatis, aut relictis, quod ea, quæ ad principem ex illis causis spectant, solùm possint præscribi spatio centum annorum, ut tenent Covar. *in regula*, *possessor*, 2. *part.* §. 2. *n.* 9. *vers. secundo*, Barbosa *in dicta l. omnes*, *num.* 8. *Cod. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, Molina *tomo* 1. *disp.* 74. *num.* 4. & alij, quos referunt, *per l. ultimam*, *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, ubi hoc privilegium conceditur civitatibus, nec fuit sublatum per subjunctam *Auth. quas actiones.*

271 Extra hos verò casus, præscribi Census contra principes spatio 40. annorum, inde probatur, quia non reperitur jus, aut principium, quo ab illa præscriptione reddantur immunes, & ita cadunt sub generalem regulam *dicta l. omnes*, *Cod. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum.* Quod verò attinet ad Census, & bona, quæ ad Regem spectant jure privati, ut quæ habebat antequam esset Rex, vel quæ postea emit jure privati possidenda, hæc tempore ordinario præscribi, sicut contra privatum, docent meritò Covar. *dicto* §. 2. *propè finem*, Barbosa *in dicta l. comperit*, *numer.* 44. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, Molina *supra*, *n.* 5. & alij.

Quod denique Census, & jura publica civitatum possint etiam regulariter tolli præscriptione 40. annorum tradit Glossa ultima, *ad finem*, *l.* 2. *Cod. communia*, *de usucapionibus*, Alexander *consilio* 1. *numer.* 22. *lib.* 4. Covar. *in regula*, *possessor*, 2. *parte*, §. 2. *numer.* 9. *versu*, *quarto*, *& practicarum quæstionum*, *capite* 37. *num.* 8. Barbosa *in dicta l. omnes*, *num.* 24. *& seqq. Cod. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, & alij per generalitatem, *textus in dicta l. omnes* Quod declara, ut non solùm bona spectãtia ad civitates non recognoscentes superiorem, sed etiam spectantia ad inferiores non possint præscribi minori spatio, quam quadraginta annorum, ut idem Barbosa contra nonnullos probat *dicto num.* 24. Cui traditioni, non obstat. *l. eum*, *qui vectigal. ff. de verborum significat.* quæ dicit, civitates inferiores censeri jure privati. Quia hoc non intelligitur, quoad omnia, ut ibi advertit Glossa fin. ac speciatim quòd non intelligatur in materia præscriptionis, probat *l. usucaptionem*, 9. *ff. de usucapionibus*, *& l. final. Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, ubi bona civitatum, & bona civitatis Romanæ, & Ecclesiarum quoad illam materiam æquiparãtur. Intellige prætcrea resolutionem traditam, ut nõ procedat quoad Census venditos, vel donatos, vel relictos civitatibus, cùm bona, quæ ex his causis ad civitates pertinent, solùm 272

solùm possint præscribi spatio centum annorum, per *l. fin. C. de sacrosanctis Ecclesijs*, ut jam supra notavimus, *n.* 270. *fine.*

Vtrùm præscriptio extinctiva Census procedat adversus ignorantem?

§. VII.

SUMMARIUM.

Vtrùm præscriptio, quæ in præcedentibus conclusionibus admittitur, procedat contra ignorantem? Prima sententia negat. n. 273.

Contraria sententia tenenda. n. 274.

Solvitur fundamentum primæ sententiæ. n. 275.

Licet jura acquiri non possint præscriptione contra ignorantem: bene tamen extingui, & excludi possunt. ibidem.

Actiones personales non præscribuntur extinctivè, ratione alicujus possessoris, sed ratione negligentiæ non petentis debitum. eodem num. 275.

Ad præscribendas actiones reales nulla alia requiritur possessio præter eam, qua res possidetur tamquam libera: ad quam possessionem acquirendam non requiritur scientia & patientia alterius. ibidem.

Imò si actio realis sit ex eis, quæ amittuntur propter non usum adversarij, absque ullo facto præscribentis, neque dicta possessio rei, ut libera necessaria est, sed solus nonusus adversarij sufficit. n. 276.

Cur ad præscribendam liberationem à Censu requiratur, quòd præscribens bona fide ignoret talem Censum deberi, cùm ad præscribendam liberationem à servitute rustica ignoratio talis servitutis non requiratur. n. 277.

Præscriptio etiam adversus ignorantem jus suum currit, licet aliqui oppositum sentiant. n. 278.

Propter justam, & probabilem ignorantiam conceditur restitutio adversus præscriptionem, etiam 30. vel 40. annorum. n. 279.

Vtrùm quando res præscripta est adversus eum, cui nulla culpabilis negligentia imputari potest, teneatur præscriptor rem illi restituere in foro conscientiæ antequam per judicem ei concedatur restitutio? num. 280.

Circa omnes prædictas conclusiones dubitari potest, an præscriptio, quæ in eis admittitur, procedat adversus ignorantem? Partē negativam tenet Cassaneus *in consuetudines Burgund. rubr.* 11. *n.* 44. eo fundamento, quod licet præscriptio rerum corporalium currat adversus ignorantem, ut per *l. final. C. de præscript. longi temporis, & l. sicut Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*: tamen ad præscriptionem rerum incorporalium, qualia sunt jura requiritur scientia adversarij; ut sumitur ex *l.* 2. *C. de servitutibus, & aqua*, ubi Glossa, *verbo, sciente*, Bald. *ibidem num.* 1. & 4. Barthol. *in l.* 1. *§. denique, n.* 4. *ff. de aqua pluv. arcenda*, Iason. *in l. Imperium, ff. de jurisdictione omnium judicum, n.* 21. & Molina *Iurista lib.* 2. *de primogen. cap.* 6. *numero* 23. Et ratio est, quia præscriptio non procedit absque possessione, *l. sine possessione, ff. de usucapatione, cap. sine possessione, de regulis juris in* 6. rerum autem incorporalium, seu jurium, non acquiritur quasi possessio, nisi per patientiam adversarij, seu domini, *l. penultima, ff. de servitute*: qui verò ignorat, pati non dicitur: ergo ut quis præscribere possit jus libertatis à constitutione, & obligatione Census, necessaria est scientia adversarij. In quam sententiam adduci etiam possunt Petrus de Vbaldis *tract. de quarta Episcopali, cap.* 2. *ad finem*, Boerius *decisione* 39. *numer.* 1. & alij 273

apud Barbosam *in l. 3. num. 303. Col. de præscript. 30. vel 40. annorum*, qui tenent, licet præscriptio procedat contra ignorantem rem possideri, vel præscribi per alium, non tamen currere contra ignorantem jus suum; quod præscriptio inventa sit contra negligentes, *cap. vigilanti, de præscrip.* qui autem jus suum ignorat, negligens non sit.

274 Oppositum nihilominùs tenendum est, quia ad præscribendam libertatem, seu liberationem non requiritur scientia adversarij, ut fatetur Baldus *supra, vers. quinto, per l. si partem, vers. si per fundum, ff. quemadmodũ servitutes amittantur*, ubi sic habetur, *si per constitutum tempus ad amittendam servitutem* (scilicet ex præscriptione) *ignoraveris eam tibi legatam esse, amittes illam non utendo.* Quod etiam apertè colligitur ex dicta *l. final. C. de præscriptione longi temporis*, ubi in fine dicitur, *nullam esse expectandam scientiam, vel ignorantiam ejus, contra quem præscribitur, sive agatur de præscribendis rebus corporalibus, quæ in jure consistunt, veluti ususfructus, & cætera servitutes*; quod ultimum intelligitur quoad liberationem, seu exclusionem actionis.

275 Et hinc excluditur fundamentum, quo contraria sententia nititur, quod solùm probat res incorporales, seu jura, non posse acquiri præscriptione contra ignorantem. Nam illa *l. 2. Cod. de servitutibus, & aqua*, solùm agit de modo, quo servitus præscriptione acquiritur. Et similiter ratio quæ adducitur ad probandum non posse præscribi res incorporales absque scientia, & patientia domini, solùm etiam probat, non posse servitutes, & similia jura acquiri præscriptione contra ignorantem. Nam si agatur de præscribendis, seu excludendis actionibus personalibus, ad hanc præscriptionem non est necessaria possessio, vel quasi possessio; quia illæ actiones non præscribuntur ratione alicujus possessionis sed ratione negligentiæ non petentis debitum; ut tradit Bartholus *in l. sequitur, §. si viam, num. 2. ff. de præscriptionibus*, & admittit Barbosa *in l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annorum, num. 59.* Et ratio est, quia ad ejusmodi præscriptionem non requiritur ullum factum ex parte præscribentis, & sic nec possessio, aut quasi possessio: si autem agatur de præscribendis actionibus, seu oneribus realibus, nulla alia requiritur possessio, præter eam, qua res possidetur tamquam libera, ad quam possessionem acquirendam scientia, & patientia alterius non requiritur, ut est notissimum.

Imò si actio sit ex eis, quæ amittuntur propter non usum adversarij, absq; alio facto præscribentis, etiam dicta possessio rei, ut liberæ, necessaria non est, sed solus non usus adversarij sufficit, ut patet in servitute rustica, cujus liberatio præscribitur adversus non utentem, non obstante, quòd possessor prædij servientis sciat illud esse tali servituti obnoxium, ut tradit glossa *2. in l. fin. ff. quemadmodum servitutes amittantur*, Gregorius Lopes *l. 16. tit. 31. p. 3. verbo, à buenafe*, Molina *tomo 1. disp. 66. n. 10.* Barbosa *in l. 3. num. 54. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* 276

Hinc verò non inferas posse præscribi liberationem à Censu reali sciente possessore rei, in qua est constitutus, illam esse eo onere gravatam; eo quod ad præscriptionem talis liberationis non sit necessarium ullum factũ positivum ex parte præscribentis, & ita videatur procedere eadẽ ratio, quæ in præscriptione libertatis adversus servitutem rusticam. Hoc, inquam, non inferas; quia in præscriptione liberationis adversus Censum, sive realem, sive etiam personalem, intervenit ex parte præscribentis omissio actus debiti, nempè solutionis pensionum debitarũ; quæ omissio est quidam actus moralis, & censetur quoddam factum præscribentis: cum quo, si præscribi posset, non interveniente simul bona 277

bona fide ex parte ipsius præscribentis ignorantis se pensionem debere, jam ea præscriptio peccatum foveret: unde cum jus canonicum *in cap. finali, de præscript.* omnem talem præscriptionem excludat, nullo modo ea præscriptio admittenda est. In præscriptione autem libertatis adversus servitutem rusticam, non solùm non intervenit factum positivum ex parte præscribentis, sed neque etiam omissio actus debiti, cùm dominus prædij servientis non teneatur aliquid efficere, quo dominus prædij dominantis ea servitute utatur: neque enim tenetur eum admonere, ne illam per non usum amittat. Aliam diversam rationem assignat Barbosa *supra n. 60.* quod scilicet in præscriptione liberationis à servitute rustica, non homo, sed res inanimata, id est, ipsum prædium serviens, se in libertatem vendicat, & est causa principalis illius præscriptionis; in re autem inanimata non consideratur, nec habet locum bona, vel mala fides. Quando verò præscribitur liberatio adversus Censum, aut aliam similem obligationem, ad cujus exclusionem intervenit factū, aut voluntas hominis, ipse homo est causa principalis talis præscriptionis, & ita necessaria est bona fides, cum homo sine bona fide hodie non præscribat per dictum *cap. fin. de præscript.*

278 Quod denique ex aliquibus Doctoribus, pro eadem contraria sententia affertur, non currere præscriptionem adversus ignorantem jus suum, recipiendum similiter non est: oppositum namque colligitur ex generalitate *d. l. fin. C. de præscript. longi temporis*, & tradit Paulus Castrensis, *consil. 168. n. 3. lib. 2.* Felinus *in cap. vigilanti, num. 1. de præscript.* Covar. *in regul. possessor tertia parte, §. 2. num. 3. ad medium*, Barb. *in l. 3. n. 304. C. de præscription. 30. vel 40. annorum*, Stephanus Gratianus *tomo 3. discept. forens. cap. 476. n. 16.* licet tantùm loquatur de præscriptione 30. annorum, & plures alij, quos referunt: idem videtur tenere Balbus *4. part. quartæ partis principalis, q. 28. fin.* ubi in hac sententia videtur conquiescere, cum superiùs oppositam tradidisset. Nec obstat fundamentum adversariorum, quia cùm dicitur præscriptionem inductam esse propter negligentiam non petentis, non capitur negligentia, prout sonat vitium, seu culpam (neque enim præscriptio inducta est in pœnam, sed potiùs ob commune bonum, ut certa essent rerum dominia, & lites amputarentur, ut notavit Covar. *supra*) sed accipitur, ut sonat simplicem, & nudam cessationem, sive culpam habeat, sive non: ut ex Paulo Castrensi, Socino, Felino, & alijs declarant Barbosa *sup. n. 304.* & Stephan. Gratianus *num. 21.* Alioqui difficulter procedere posset præscriptio.

Nota verò propter justam, & probabilem ignorantiam concedi restitutionem adversus præscriptionem, etiā 30. vel 40. annorum, juxta plurimorum Doctorum sententiam, quamvis multi etiam contrarium doceant. Qua de re videndus Balbus *4. part. quartæ partis principalis, q. 29.* Covar. *in regula possessor, tertia parte, §. 3.* & Barbosa optimè hac de re tractans *in l. 3. C. de præscriptione 30. vel 40. annorum ex num. 297. usque ad num. 323.* Qui etiam in sequentibus declarat dictam restitutionem peti debere intra primum quadriennium utile post præscriptionem completam. Et idem tradit Covarr. *in regu. Possessor, p. 3. §. ult. ad fin. vers. decimo. in edit. Lugdunensi*, addens, quod à die præscriptionis completæ, etiam ignoranti, dictum quadriennium currit. Sed hoc non placet, quia videtur singulare, & contra communem, quam ex Baldo, & multis alijs tradit idem Covar. *in d. §. ult. num. 3. in princip.* & Sanch. *lib. 7. de matrim. disp. 37. n. 26.* asserentem quadriennium ad ejusmodi restitutionem obtinendam concedi à die scientiæ, *per text. in cap. 1. de in integr. rest. in 6. & in l. fin. C. de temp. in integ.* 279

integ. rest. ubi habetur illud quadriennium debere esse utile.

Si verò quæras, utrùm quando res præscripta est adversus eum, cui nulla culpabilis negligentia imputari potest, teneatur præscriptor in foro conscientiæ rem illi restituere, antequam per judicem ei restitutio concedatur? Affirmat Medina *Cod. de restit. quæst.* 18. *col.* 3. Oppositum verò docet merito contra Maiorem, & Adrianum, Covar. *in dicta regula, possessor, part.* 3. §. 2. *n.* 3. & Barbosa *supra, num.* 319. Cùm talis præscriptor justo præscriptionis titulo rem quæsierit, qui dum judicis authoritate non rescinditur, eum reddit tutum tam in foro externo, quàm in foro conscientiæ.

DISPUTATIO SECUNDA

De conditionibus, quæ jure Pontificio requiruntur, ut Census validè, ac licitè constitui possit?

SECTIO PRIMA.

De conditionibus requisitis circa rem, quæ Censui obligatur.

SUMMARIUM.

Referuntur quædam constitutiones Sũmorum Pontificum circa creationem Censuum, quæ ante Pium V. emanarunt, & quid potissimum in eis contineatur? num. 1. & 2.

Refertur celebris Bulla Pij V. de creatione Censuum, eaque tantùm explicanda proponitur. n. 3.

In constitutionibus aliorum Pontificum cum non postulantur ullæ conditiones, tamquam necessariæ ad Census creationem, quæ in dicta Bulla Pij V. non contineantur. ibidem.

Tenor hujus Bullæ, & alterius, quæ pro illius declaratione ab eodem Pio V. emanavit. sub num. 3.

Omnes conditiones quæ in dicta Bulla Pij V. postulantur, rediguntur ad quatuor capita. ibidem.

Prima conditio requisita ex parte rei in Bulla Pij V. ad creationem Census est, ut constituatur super re immobili; aut quæ pro immobili habeatur. n. 4.

Reditus annui ad longum tempus, seu ad decennium, & ultra, bona immobilia censentur; secus verò si sint ad minus tempus. ibidem.

Per dictam Bullam Pij V. non prohibetur constitui Census super alio Censu irredimibiliter constituto. n. 5.

Vtrùm juxta dictam Bullam possit etiam constitui Census super alio Censu redimibili? Quidam negant. Alij probabilius affirmant. n. 6.

Census redimibilis indefinitè constitutus res immobilis censeri debet. ibid.

Vix probabile apparet, posse juxta Bullam Pij V. constitui Censum super alio antiquo Censu redimibili, sub pacto, quòd si talis Census antiquus redimatur, tenetur venditor, à quo ille novus Census constitutus est, eum constituere in alia re immobili. eodem n. 6. *fine.*

Census personales excluduntur, & prohibentur per dictam Bullam Pij V. nec tantùm merè personales, sed etiam misti, qui costituerentur in persona cum bonorum hypotheca. n. 7.

Non

Non prohibetur autem Census personalis constitutus ad vitam alicujus. numer. 8.

In regno Lusitaniæ receptum est, ut personalis Census constitui possit pro pretio ad rationem sex, & quarti, pro centum. eodem n. 8. fine.

Secunda conditio est, ut res, super qua Census est constituendus, sit fructifera: quæ conditio etiam de jure naturali necessaria est; oportetque, ut res tantam possit præstare utilitatem, quanta ad integram pensionem censualem annuatim solvendam sufficiat. n. 9.

Non oportet autem, ut res sit ferax ejus fructus in specie, qui pro pensione solvendus est. ibidem.

Tertia conditio circa rem est, ut nominatim certis finibus designata sit quod intelligitur de re propriè immobili. num. 10.

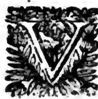
Per hanc conditionem excluditur Census, qui constitueretur super omnia bona constituentis, tam præsentia, quàm futura: & qui constitueretur super re certis finibus designata, addendo, & super cæteris rebus ipsius constituentis. eodem num. 10.

Contractui censuali, quo realis Census constituitur, potest accedere fidejussor, etiam spectata Bulla Pij V. ibidem.

Per dictam tertiam conditionem non tollitur, quominus Census possit constitui super pluribus rebus designatis, etiam si qualibet toti Censui sufficeret. n. 11.

Quarta conditio ex parte rei censitæ est, ut ea in totum, vel in partem perempta; vel in totum, aut in partem reddita infructuosa, Census similiter, pro rata pereat. n. 12.

Quando res censita non redditur in perpetuum infructuosa ex toto, vel ex parte, sed solùm uno, aut pluribus annis, fructus ex ea non proveniunt propter tempestatem, vel alium casum, nihil pro tali eventu disponitur in prædicta Bulla Pij V. sed servandum est jus commune. eodem num. 12.



Variæ à Summis Pontificibus constitutiones emanarunt circa creationem Censuum, in quibus ad occurendum usuris, & animarum periculis, plures conditiones, & modos statuerunt, cum quibus creari possent, aut deberent. Prima constitutio est Martini V. quæ confirmata fuit per aliam Calixti III. & utraque inserta est in corpore juris, estque 1. & 2. Extravagans *de emptione, & vendit. inter communes.* Nulla verò conditio in eis ponitur tamquam necessaria, quasi omnis contractus, in quo aliquæ defuerint, tamquam illicitus, aut invalidus reprobetur, ut bene contra nonnullos tradunt Molina *disp.* 389. *n.* 4. Less. *lib.* 2. *c.* 22. *dubit.* 12. *sub. num.* 35. *Filiuc. tom.* 2. *tract.* 35. 2. *p. c.* 2. *n.* 282. & alij: patetque ex ipso contextu: solum enim in eis approbatur, & declaratur esse justus, & licitus contractus censualis, in quo hæ conditiones interveniant. Prima, quòd Census constituatur super bonis proprijs ipsius constituentis, ut super ejus agris, prædijs, domibus, &c. Secunda, quòd ematur ad rationem unius pro 10. 11. 12. 13. aut 14. plus vel minus, secundùm temporum qualitatem, prout contrahentes tunc inter se convenerint; idest, ut ematur justo pretio. Tertia, ut ematur pecunia numerata. Quarta, quòd bona, super quibus emitur, in ipso contractu exprimantur. Quinta, quod venditori sit integrum eum redimere in totum, aut in partem, pro eodem pretio, absque alicujus requisitione, vel contradictione. Sexta, quòd venditor non obligetur ad redimendum. Septima, quòd re Censui subjecta penitùs interempta, aut destructa, non cogatur venditor ad pensionem solvendam, neque ad capitale reddendum. 1

Alia constitutio principalis est Nicolai V. pro regno Neapolitano, & Siciliæ, quam ad verbum refert Summa 2

ma Corona. 2. *p. tit. de Censibus*, *n.* 10. in qua Pontifex concessit, ut possent vendi, & constitui Census redimibiles eodem pretio, super quibuscumque bonis tam præsentibus, quàm futuris ipsorum constituentium, & quod pro securitate contractus obligari possent eorum personæ, ac bona, & jura omnia, & apponi quælibet pacta obligationes, & pœnæ, de quibus inter contrahentes convenerit. Dummodò tamen annua pensio non excedat decimam partem pretij, id est, ut Census non ematur infra rationem unius pro decem. Hanc constitutionem approbavit postea Gregorius XIII. in alia constitione edita anno 1574. pro regno Siciliæ ultra Pharum: in qua teste Summa Corona *supra num.* 15. statuit primò, ut servetur dicta constitutio Nicolai V. non obstante celebri Bulla Pij V. de qua statim agemus. Secundò, ut in emptione Census fiat expressa mentio alicujus rei certæ, vel plurium certarum, super quibus expressè constituatur Census, deinde obligentur omnia alia bona. Tertiò, ut perpetua facultas redimendi venditori relinquatur, & nullo pacto restringatur. Quartò, ut omnes abusus, qui Bullæ Nicolai V. adversantur, penitus ablegentur.

Vltima principalis constitutio in hac materia est Pij V. quæ fuit publicata Romæ die 20 Januarij, anni 1599. in qua plurimæ requiruntur conditiones tamquam simpliciter necessariæ ad contractum censualem; de quibus proinde tantummodò à nobis est agendum in hac disputatione: nam quæ in alijs supra relatis constitutionibus ponuntur, aut non ponuntur, ut necessariæ, ut supra de contentis in constitutionibus Martini V. & Calixti III. notavimus: aut si quæ ut necessariæ postulantur, ut in constitutionibus Nicolai V. & Gregorij XIII. requiruntur tantùm pro certo regno, & fortè nulla, pro illo etiam regno, ut necessaria postulatur, quæ in Bulla Pij V. non contineatur, & cum reliquis in ea contentis explicanda sit. 3

Alijs ergo constitutionibus omissis, tenor Constitutionis Pij V. sic habet.

Bulla Pij V. de Censuum creatione.

Vm onus Apostolicæ servitutis obeuntes cognoverimus innumeros celebratos fuisse, & in dies celebrari Censuum contractus, qui ne dum non continentur intra limites à nostris antecessoribus eisdem contractibus statutos, verùm etiam, quod deterius est, contrarijs omninò pactionibus, propter ardentem avaritiæ stimulum, legum etiam divinarum contemptum præ se ferunt, non potuimus animarum, prout tenemur, saluti consulentes, ac piarum mentium petitionibus etiam satisfacientes, tam gravi morbo, lætiferoque veneno salutari antidoto non mederi.

§. 1. *Hac igitur nostra constitutione statuimus Censum, seu annuum reditum creari, constituivè nullo modo posse, nisi in re immobili, aut quæ pro immobili habeatur, de sui natura fructifera, & quæ nominatim certis finibus designata sit.*

2 *Rursum, nisi verè in pecunia numerata præsentibus testibus, ac notario, & in actu celebrationis instrumenti, non autem prius, recepto integro, justoque pretio.*

3 *Solutiones, quas vulgò antici-*

4 *anticipatas appellant fieri, aut in pactum deduci prohibemus. Conven-*
tiones directè, aut indirectè obligantes ad casus fortuitos eum, qui aliàs
5 *ex natura contractus non tenetur, nullo modo valere volumus. Quem-*
admodùm nec pactum auferens, aut restringens facultatem alienandi
rem Census suppositam; quia volumus rem ipsam semper, & liberè,
ac sine solutione laudemij, seu quinquagessimæ, aut alterius quan-
titatis, vel rei, tam inter vivos, quàm ultima voluntate alie-
6 *nari. Vbi autem vendenda sit, volumus dominum Census alijs*
omnibus præferri, eique denunciari conditiones, quibus vendenda
7 *sit, & per mensem expectari. Pacta continentia morosum Census*
debitorem teneri ad interesse lucri cessantis, vel ad cambium, seu
certas expensas, aut certa salaria, aut ad salaria, seu expensas
medio juramento creditoris liquidandas, aut rem Censui subjectam,
sive aliquam ejus partem amittere, aut aliud jus ex eodem con-
tractu, sive aliunde acquisitum perdere, aut in aliquam pœnam ca-
8 *dere, ex toto irrita sint, & nulla. Imò & Censum augere, &*
novum creari super eadem, vel alia re in favorem ejusdem, aut
personæ per eum suppositæ, pro Censibus temporis, vel præteriti, vel fu-
9 *ri omninò prohibemus. Sicuti etiam annullamus pacta continentia,*
solutiones onerum ad eum spectare, ad quem aliàs de jure, & ex na-
10 *tura contractus non spectarent. Postremò Census omnes in futu-*
rum creandos, non solum re in totum, vel pro parte perempta,
aut infructuosa in totum, vel pro parte effecta, volumus ad ratam
perire, sed etiam posse pro eodem pretio extingui. Non obstante
longissimi etiam temporis, ac immemoriabili, imò centum, & plu-
rium annorum præscriptione: non obstantibus aliquibus pactis di-
rectè, aut indirectè talem facultatem auferentibus, quibuscumque
11 *verbis, aut clausulis concepta sint. Cùm verò traditione pretij*
reditus extinguendus erit, volumus per bimestre ante id denunci-
ari ei, cui pretium dandum erit, & post denunciam, intra an-
num tamen, etiam ab invito pretium repeti posse; & ubi preti-
um, nec volens intra bimestre solvat, nec ab invito intra annum
exigatur, volumus nihilominus quandocumque reditum extingui
posse, prævia tamen semper denuncia, de qua supra, & non ob-
stantibus his, de quibus supra; idque observari mandamus, etiam
quod pluries, ac pluries denunciatum fuisset, nec unquam effectus se-
12 *cutus fuisset. Pacta etiam continentia pretium Census extra casum*
prædictum, ab invito, aut ob pœnam, aut ob aliam causam repeti pos-
13 *se, omninò prohibemus. Contractus sub alia forma posthac celebran-*
dos, fœneratitios judicamus. Et ita illis propterea non obstantibus, quid-
quid vel expresse, vel tacitè contra hæc nostra mandata, dari, remitti,
14 *aut dimiti contingat, à fisco volumus posse vendicari. Hanc autem sa-*
lutiferam sanctionem, ne dum in Censu noviter creando, verùm etiam in
creato, quocumque tempore alienando, modò post publicationem constitu-
15 *tionis creatus sit, perpetuò, & in omnibus servari volumus. Decla-*
rantes pretium semel Censui constitutum nunquam posse, ob temporum,
aut contrahentium qualitatem, seu aliud accidens, nec quoad ultimò
16 *contrahentes, minui, vel augeri. Et licet legem ipsam ad contra-*
ctus

ctus jam celebratos non extendamus, illos tamen omnes, in quos sub alia forma pervenerunt Census, hortamur in Domino, ut singulos contractus censuræ bonorum religiosorum subjiciant, & animarum saluti consulant. Non obstantibus quibusvis, &c. Datum Romæ an. 1569. 14. Kalend. Februarij.

post hanc Bullam prodijt alia ab eodem Pontifice continens aliquas illius declarationes, pro tollendis quibusdam dubitationibus, quæ statim sunt exortæ. Libuit ergo ejus quoque tenorem hic adjicere, cùm sit quædam illius principalis appendix, cujus etiam non semel in hoc opere mentionem facimus. Sic igitur habet.

Bulla Pij V. continens quasdam declarationes præcedentis.

ET si Apostolica Sedes magna adhibita industria operam dat omnia perspicuè promulgare, vix tamen est, ut umquam satis queat usquequaque cavere, quin scrupulosæ quorundam mentes novos illi sensus inducant, quorum perplexitate multi in dubium e-
1 *vocantur. Pridem enim per Constitutionem nostram de Censuum creatione, inter alia voluimus: Census omnes in futurum creandos, non solum re in totum, vel pro parte perempta, aut infructuosa in totum effecta, ad ratam perire, sed etiam pro eodem pretio, extingui posse. Ac pacta continentia morosum Census debitorem ad interesse lucri cessantis, vel cambium, seu salaria, vel expensas medio creditoris juramento liquidandas teneri, aut rem Census subjectam, sive aliquam ejus partem amittere, aut aliud jus, sive ex eodem contractu, sive aliunde acquisitum perdere, aut in aliquam pænam cadere, ex toto nulla, atque irrita esse. Censum autem, seu annuum reditum, non nisi in re immobili, aut quæ pro immobili habetur ex sui natura fructifera, atque nominatim suis finibus designata sit, sed nec Censum ipsum, nisi verè in peccunia numerata, præsentibus Notario, & testibus in actu celebrationis instrumenti, non autem prius, re-*
2 *cepto integro, justoque pretio, creari, constituivè ullo modo posse. Deinde per dilectum filium Octavium Spinolam regni Siciliæ Magistrum Portulanum hac de causa ad nos destinatum, accepimus in dicto regno Siciliæ scrupulum exoriri, an rerum prædictarum infructuositas etiam annalis,*
3 *aut aliàs temporalis intelligatur? Et an per nullitatem pactorum, & aliorum prædictorum, etiam jus recuperandi, sive repetendi impensas, quas litigando contra morosos prædictos, aut executores ad eorum loca transmittendo, aut alias ex judicum mandato subire oportet, auferatur?*
4 *Præterea, an tam pro ipsis expensis, quam etiam pro Censu recuperando contra tertium possessorem procedi. Et etiam fidejussores dari, aliavè bona pro prædij Censu gravati evictione, & ipsius Census solutione hypothecari. Denique an Census hujusmodi super pluribus rebus inter se di-*
5 *versis constitui possint? Postremo, an id quod de pecunia numerata dicitur, prohibeat quominùs in dotium assignatione Census creari possit?*
6 *Nos hæc discrimina quantum in nobis est tollere cupientes, tenore præsentiū decla-*

declaramus rem infructuosam, quæ tota, vel ex parte perpetuò reditur, non autem ex qua fructus uno, duobus, pluribusvè annis, sive tempestate, sive alio casu non proveniunt, salva alias juris cōmunis dispositione, intelligi debere. Præteria exac-
7 *tionem illarum expensarum prohiberi, quæ ex pacto, vel conventione tantum inter contrahentes inita, & instrumento Census specialiter apposita refici promittuntur, non autem ea, quæ ex dicti juris dispositione repetendæ veniunt, & mandato ju-*
8 *dicis adjudicantur. Cæterum fidejussores dari, aliavè bona hypothecari, prò prædij Censu gravati evictione, aut si prædium in alium devenerit, aut aliquis tertius fidejussor intercesserit, tertium possessorem, vel ejus bona obligari minimè prohibemus. Hæc autem omnia pro evictione dumtaxat, non autem solutione*
9 *pœnæ adjudicari posse intelligimus. Postremo in dotium assignandarum casu Censuum creationem, & constitutionem prædictam respectu actualis numerationis coram notario, & testibus faciendæ, locum non habere: sed in hoc casu Census ipsos etiam pecunia ad manum non habita creari posse declaramus. Denique ut*
10 *periculis, quæ ex transportatione pecuniarum frequenter in dicto regno eveniunt, occurratur, permittimus, ut si in creatione Census pecunia ad manum commodè haberi nequiverit, illius loco, emptor apocam, sive cedulam bancharíam idoneam integri pretij venditori in ipso emptionis actu debeat exhibere. Constitutione*
11 *nostra prædicta, tam in casu dotium, quam in cæteris omnibus in ea contentis, in suo robore permanentibus. Volumus autem, ut præsentium exempla, etiam impressa, notarij publici manu, & Prælati Ecclesiastici, ejusvè curiæ sigillo obsignata,*
12 *eandem illam prorsus, tam in judicio, quàm extra illud fidem faciant, quam ipsæmet præsentes facerent, si essent exhibitæ, vel ostensæ. Datum Romæ die* 10. *Iunij* 1570.

Omnes conditiones, quæ pro creatione Census in d. Bulla requiruntur, & nunc explicandæ sunt ad quatuor capita reducuntur. Primum est, de requisitis circa rem Censui subjiciendam. Secundum, de requisitis circa pretium Census. Tertium, de requisitis circa pensioné solvendam. Quartum, de requisitis circa pacta, quæ contractui censuali adjici possent. Quibus tandem additur Quintum, de requisitis in redimendo, seu extinguendo Censu.

Quod ergo ad primum caput attinet, quatuor in d. Bulla requiruntur conditiones circa rem, quæ Censui subjicienda est. Prima, ut sit res immobilis, aut quæ pro immobili habeatur. Quæ res sint immobiles, notissimum est: tales quippe sunt agri, prædia, vineæ, domus, & similes. Pro immobilibus autem habentur jura, & reditus annui, vel menstrui, ut habetur in *Clem. exivi de parad. vers. cumque annui reditus, de verb. signif.* Id tamen intelligitur de reditibus ad longum tempus, ut ad decennium, & ultra. Si enim sint ad minus tempus, inter immobilia non computantur, ut docent Panorm. *in c. vlt. ne prælati vices suas, n.* 6. Mol. *disp.* 465. *n.* 8. Sanch. *tom.* 4. *in decal. lib.* 7. *c.* 26. *n.* 6. Soar. *tom.* 4. *de Relig. tract.* 8. *c.* 27. *n.* 8. & alij communiter, & habetur expresse in jure Lus. *lib.* 4. *Ord. tit.* 48. §. 8.

Itaque per hanc conditionem excluduntur Census venditi, & constituti super rebus mobilibus, ut super servo, equo locari solito, navi, cymba, & similibus, ut latè descendendo ad multa particularia, tradit Leotard. *de usur. q.* 47. *n.* 1. *& seqq.* item cōstituti super reditibus ad breve tempus, ut ad octo, aut novē annos. Non autē cōstituti super reditibus ad longū 5

tempus, ut ad decenniũ, & ultra. Unde juxta dictam Constitutionem Pij V. bene potest vendi, & constitui unus Census super alio Censu perpetuo irredimibiliter constituto, ut relatis multis notat idem Leot. *q*.46. *n*.31. *&* 33. & tenent cõmuniter DD. Nec obstat quod in eadem cõstitutione postulatur, ut res super qua Cẽsus collocandus est, *certis finibus designata sit*, quod Censui, & alijs juribus convenire non potest. Nam hæc cõditio refertur ad rem simpliciter immobilẽ, nõ verò ad eam, quæ pro immobili habetur, ut bene Leot. *d. n*.33. Azor, & Bonac. infra citandi: unde quotidiè principes Census vendunt super juribus, & reditibus regijs.

6 Dubium autem est, utrùm possit etiã juxta hanc Bullam constitui Census super alio Censu redimibili? Negant Mol. *disp*. 389. *n*. 9. Azor *p*. 3. *lib*. 10. *c*. 7. *q*. 1. Less. *lib*. 2. *c*. 22. *dub*. 12. *n*. 78. Filiuc. *to*. 2. *tract*. 35. *p*. 2. *n*. 287. Malder. *tract. de redit. n*. 7. *vers. altera est*, & alij. Probant, tum quia Census redimibilis censetur res mobilis. Tum maximè, quia eo redempto, statim extinguetur Cẽsus super illo constitutus, cum magna jactura emptoris, aut transibit in personalẽ, qui etiam in hac constitutione interdicitur. Contrarium tamen videtur verius, ut tenent Rebel. 2. *p*. *lib*. 10. *q*. 6. *n*. 4. Bonacin. *to*. 2. *disp. de contract. q*. 4. *punct. unico, sub n*. 17. & cum alijs Leot. *d. q*. 46. *n*. 32. Ratio est, quia etiam Census redimibilis indefinitè constitutus res immobilis censeri debet: est enim annuus reditus ad longum tempus constitutus. Nec obstat ita esse constitutum, ut possit redimi, & extingui. Nam, si tantum redimibibis sit ex parte emptoris, seu dominì ipsius Cẽsus, qui alium Cẽsum super eo constituit, tenebitur talis dominus eum conservare, perinde ac tenetur non destruere propriam domũ, in qua Censum alteri constituit: unde perinde censeri debet res immobilis, atq; domus, & similes res, quæ destrui possunt à suis dominis: si autem redimibilis sit ex parte venditoris (de quo tantum videntur loqui citati Authores) in hoc etiam casu pro re immobili haberi debet, nam quod possit liberè per venditorẽ extingui, pertinet ad casum fortuitum, qui potest evenire, & non evenire: unde non minus propter hanc causam debet censeri res immobilis, quam domus, & similes res periculis, aut incursibus hostium expositæ, in quibus tamen nemo negabit posse fundari Cẽsum. Quòd si emens novũ Censum super antiquo Censu ita redimibili periculo exponitur, illum brevi amittendi, eo quod redempto antiquo, novus etiam perire debeat, hoc ipsum periculum potest diminutione pretij cõpensari, & tunc omnis tolletur injustitia. Credit etiam Lessius, & Filiucius *supra*, posse licitè talem novum Censum constitui super antiquo redimibili, si venditor paratus sit eum cõstituere super alia re fructifera, in casu, quo antiquus Census redimatur. Quod secundum jus naturæ mihi est citra dubium. Juxta Bullam verò Pij V. annullantis omnia pacta, quibus venditor obligetur ad præstandos casus fortuitos, vix apparet probabile.

7 Dubium præterea est, utrùm per dictam primã conditionem excludantur omnes Cẽsus personales, id est, quibus persona Censum constituens se ipsum principaliter, & immediatè obligat ad pensionẽ solvendã? Affirmant cõmuniter DD. Navar. *de usur. sub n*. 85. Glossa 2. Mol. *disp*. 389. *n*. 6. Solís *lib*. 1. *de Censib. c*. 8. *n*. 7. *in fine* Rebel. 2. *p*. *lib*. 10. *q*. 6. *n*. 1. Less. *lib*. 2. *c*. 22. *dubit*. 12. *sub n*. 78. Azor *part*. 3. *lib*. 10. *c*. 5. *q*. 1. Filiuc. *tomo* 2. *tract*. 35. *part*. 2. *cap*. 2. *n*. 284. dicens hanc sententiam veriorem esse, Bonac. *tomo* 2. *disp. de contract. quæst*. 4. *puncto unico, n*. 16. & Leotard. *tract. de usur. q*. 49. *n*. 28. qui alios adducit. Fundamentum est, quia dum Pontifex postulat, ut Census constituatur in re immobili, aut pro immobili habita, duo videtur requirere; alterum, ut fundetur

fundetur super re aliqua: alterũ, quod talis res sit immobilis: unde non tantũ videtur excludere Censum fundatum in re mobili, sed etiam fundatum in persona: tum quia nomine, *rei*, non venit persona; tum etiam, quia persona res immobilis non est. Et confirmatur, quia Pius V. in hac Bulla solùm admittit Census, qui pereunte re censita ex toto, aut ex parte, similiter pereant: Census autem, qui fundaretur in persona, quanvis simul constitueretur super re aliqua, non periret omninò, sed adhuc maneret persona illa obligata. Unde non solùm excluduntur per dictam primam conditionem Census mere personales, sed etiam mixti, & qui constituerentur in persona cum bonorum hypotheca, ut bene advertunt Lessius, Bonac. & alij communiter.

8 Limitanda verò est tradita resolutio, ut non procedat de Censu personali ad vitam alicujus per quemdam quasi fortunæ contractum constituto: hunc enim licitum esse secundùm se, & per Bullam Pij V. minime prohibitum, censent Navar. *de usuris*, *n.* 118. Sà. *verbo Census*, *n.* 4. Rebel. *dicto lib.* 10. *q. ultima*, *n.* 11. Filiucius *supra num.* 285. Bonacina *dicto puncto unico*, *n.* 19. Felician. de Solis *in append. seu tomo* 2. *de Censibus*, *cap.* 8. *n.* 5. *vers. ex quo infero*, Molfes. *tract. de contract. cap.* 6. *n.* 65. Steph. Gratian. *discept. for. c.* 756. *n.* 55. Censius *de Censib. q.* 10. *n.* 9. Duard. *super Const. Pij V. in proœm. q. ult. n.* 77. & 103. Salas *tract. de Censib. dub.* 5. *n.* 2. & tandem Rota Roman. *dec.* 514. *n.* 4. & 5. ubi cum multis DD. ait, constitutionem Pij V. non pertinere ad Census vitalitios, qui morte finiuntur, sed tantum ad Census perpetuos redimibiles. Quæ restrictio est valde notabilis: nam si vera est, planè concluditur etiam Census personales perpetuos irredimibiles in d. Bulla Pij V. non prohiberi; quod à nemine hactenus, quem sciam, admissum est. Unde ratio, qua prædicta limitatio circa Census vitalitios probari solet, non est quod talis Census suapte natura sit irredimibilis, & constitutio Pij V. solùm loquatur de redimibilibus, sed quia ejusmodi Census non constituitur per proprium contractum censualem, sed per quandam donationẽ sub modo, seu contractum innominatum, *Do, ut des*, cum æquali probabilitate ex utraq; parte amittendi, & lucrandi, qui contractus in dicta Bulla Pij V. non prohibetur cũ nulla in eo sit inæqualitas, vel umbra injustitiæ.

Contrariũ tamen sentiunt non pauci, quos citat, & sequitur Leotard. *tract. de usur. q.* 49. *n.* 28. sequitur etiam Mol. *disp.* 389. *n.* 7. ubi dicit etiam vitalitium Censum personalẽ prohiberi in dicta Bulla, nisi sit emptus pretio justo, quale ipse Molina ibi assignat. In quo quidem non loquitur convenienter. Nam si id admittatur pari ratione dicendum erit, nullum Censum personalem, sive redimibilem, sive irredimibilem, sive perpetuum, sive temporariũ, prohiberi, aut excludi in illa Bulla quando fuerit cõstitutus justo pretio, sed solũ quãdo injusto; & similiter pacta, quæ in eadem Bulla vetantur, solũ vetari quãdo continerent injustitiam, quod sane admitti non potest, nec ab ipso Molina admittitur, ut infra constabit. Cæterũ quidquid hi DD. sentiant, recedendũ non censeo à prædicta limitatione circa Censum vitalitium; tum ob rationem assignatam; tum maximè, quia hujusmodi contractus multis in locis est usitatus, & præsertim Romæ, & Bononiæ, alijsque civitatibus status Ecclesiastici, ut fatetur Leotard. *sup. n.* 25. ac de Roma hoc ipsum audivi à viris probatæ fidei, testaturque Filiuc. *sup. n.* 283. *in fine*, & affirmat Sà *d. n.* 4. solere ad vitam ementis dari octo pro uno, quod argumento est, non fuisse prohibitos in illa Bulla. In hoc etiam regno Lusitaniæ receptũ, ac sæpius licitũ esse judicatũ, ut pecunia detur sub certo interesse quotannis solvẽdo, vulgo, *a rezão de juro*, tradit Gab. Per. *dec.*

 84.

84. *v.* 3. cum ea tamen moderatione, ut ejusmodi interesse ematur ad rationem sex, & quarti, pro centum. Quod intelligit de Censu personali redimibili. Et ita practicatur.

9 Secunda conditio ex parte rei est, ut sit fructifera. Hæc non solùm juxta Pij V. constitutionem, sed etiam secundùm jus naturæ ad Censum realem requiritur, ut ex communi tradidimus *sect.* 4. *superioris disputationis*, *n.* 40. ubi probavimus oportere ad Censum realem, ut res, super qua constituendus est Census, tantam possit præstare utilitatem, quanta ad pensionem solvendam sufficiat: alioquì jam pro ea parte, qua pensio utilitatem rei excederet, Census non esset realis, sed personalis, cùm res obligari non possit ultra id, quod præstare valet. Unde in hac secunda conditione postulatur, ut res non minus fructus, & utilitatis ferre possit, quàm ad integram pensionem annuatim solvendam satis sit: ut bene Navar. *de usuris*, *n.* 85. *vers. octava*, Molina *disp.* 389. *n.* 12. Filiuc. *d. tract.* 35. *p.* 2. *n.* 289. & alij. Non oportet autem, ut res sit ferax ejus fructus in specie, qui pro pensione solvendus est, ut rectè idem Molina *n.* 13. Filiuc. *n.* 291 & alij. Plura circa hanc conditionem, quatenùs secundùm rei naturam requiritur, & consequenter secundum Bullam Pij V. tradidimus loco citato superioris disputationis.

10 Tertia conditio est, ut res nominatim certis finibus designata sit. Hæc intelligitur de re propriè immobili, ut *supra n.* 5. notavimus; ac per eam excluditur Census, qui constitueretur super omnia bona constituentis, tam præsentia, quã futura, qui in Bulla Nicolai V. admittebatur, tunc enim talia bona censerentur subire rationem hypothecæ, & constitui proprium Censum personalem, rejiciq; totum periculum in venditoré; qui aliàs etiam per eandem constitutioné Pij V. reprobatur. Unde notant bene Navar. *de usuris n.* 129. & 130. Mol. *sup. n.* 14. Filiuc. *n.* 192. & alij, non licere juxta hanc constitutionen collocari Censum super re immobili suis limitibus designata, addendo, *& super cæteris rebus ipsius constituentis*, nullam in particulari designando; quia hoc esset rejicere periculũ in venditorem. Si tamen hæc additio fieret per modum hypothecæ ad securitatem solutionis pensionum, dum Cẽsus permanet, nihil id contra rationem, aut contra Bullam contineret, ut bene Molina, & Filiuc. citati. Unde etiam *sect.* 6. *præcedentis disp.* 6. 1. *n.* 82. ex communi sententia tradidimus, contractui censuali, quo Census realis constituitur, accedere posse fidejussorem, tum pro securitate pensionis, quandiù Cẽsus non extinguitur; tum pro casu evictionis, si fortè res Censui subjecta evincatur, idque non tantum secundum rei naturam, sed etiam spectata Bulla Pij V. qui quidem hoc ipsum postea declaravit in quadam constitutione edita anno 1570. quæ habetur in Bullario novissimo edito per Angelum Cherubinum, anno 1638. & ponitur post Bullam, quam hîc explicamus, quæ est 29. inter Bullas hujus Pontificis.

Neque etiam per hanc tertiam conditionem tollitur, quominùs Census cõstitui possit super pluribus rebus designatis: quod non tantum est verum, quando aliqua earum non esset capax totius Census, in quo eventu id est citra dubium, sed etiam quando quælibet toti Censui sufficeret, ut tradunt Navarrus *dicto comment. de usuris*, *n.* 113. *q.* 15. Mol. & Filiuc. *proximè cit.* Neq; enim credendum est Pium V. intendisse excludere pluralitatem rerũ immobilium, sed tantum res mobiles, & quæ certis finibus designatæ non essent. Nã cum jure antiquiori licitum esset Cẽsum super pluribus rebus constitui, nõ est ab eo recedendum, nisi quatenùs per novum fuerit contrarium sufficiẽter expressum, aut declaratum, *l. præcipimus*, *C. de appellationibus*. 11

Quarta

12 Quarta conditio est, ut re in totum, vel in partem perempta, aut infructuosa in totum, vel in partem effecta, Census similiter, seu ad ratam pereat. Hæc, seclusa etiam Bulla Pij V. locum habet secundùm rei naturam, in quovis Censu reali super re certa constituto, ut latè probavimus, *disp. praced. sect.* 6. ubi omnia, quæ circa hanc conditionem agitari solent, sufficienter per aliquot quæstiones explicata sunt. Illud tamen hîc advertam, Pium V. in Bulla proximè citata, quam edidit pro declaratione costitutionis principalis de creatione Censuum, hanc quartam cōditionē ita exposuisse. *Declaramus rem infructuosam, quæ tota, vel ex parte infructuosa perpetuò redditur: non autem ex qua fructus uno, duobus, pluribusvè annis, sive tempestate, sive alio casu non proveniunt, salva aliàs juris communis dispositione, intelli debere.* Quid autem secundum jus cōmune in hoc casu tenendum sit, diximus *disp. praced. sect. 6. ex n. 96.*

SECTIO SECUNDA.

De conditionibus requisitis circa pretium Census.

SUMMARIUM.

Quatuor conditiones requiruntur à Pio V. circa pretium Census, quarum prima est, ut Census constituatur justo pretio, in pecunia verè numerata: & quomodò hæc conditio intelligenda sit? n. 13. & seqq.

Per dictam primam conditionem reprobatur tanquam fœneratitius contractus, quo Census fuerit emptus minoris justo pretio, & quæ sit obligatio emptoris, qui ita emit, tam spectata Bulla Pij V. quàm ea seclusa. n. 13.

Per eandem primam conditionem excluditur constitutio Census, pro quo, loco pretij daretur merx æquivalens. Sunt tamen qui probabiliter putent, hoc tantum requiri pro foro externo. n. 14.

Excluditur etiam, ne Census possit constitui pro pecunia antea debita, ita ut liberatio à debito loco pretij cedat. Quod etiam pro foro interno intelligitur. n. 15.

Hoc tamen non procedit spectato solo jure naturali, quidquid aliqui repugnent. ibidem.

Si debitor non potens aliter solvere habebat bona sufficientia ad constituendum Censum debito æquivalentem non est injustus creditor, si ab eo exigat, ut vel bona vendat, ex quorum pretio solvat debitum, vel si id efficere non possit, Censum ei constituat, juxta proportionem debiti. num. 16.

Non potest etiam emi Census pecunia credita: quod etiam ex natura rei necessarium est ad valorem talis contractus: licet hoc secundum aliqui probabiliter negent: quorum tamen sententia intelligenda est, dummodò non liceat exigere pensionem, nisi à tempore, quo pretium fuerit solutum; vel nisi inæqualitas augmento pretij compensetur. n. 17.

Non prohibetur autem à Pio V. emi Censum credito in favorem venditoris, quando is vul alio transmittere pecuniam, & utilius ei est accipere loco illius cedulam bancariam: dummodò tamen cedula integri pretij statim exhibeatur. n. 18.

Quando Census constituitur in dotem opus non est, ut pecunia actu numeretur, & quomodò hoc possit intelligi? n. 19.

Secunda conditio ex parte pretij requisita est, ut pecunia numeretur coram testibus, & notario in actu celebrationis instrumenti. Hæc tamen conditio non videtur recepta, & solùm pro foro externo postulatur. n. 20.

Vtrùm legitimè celebretur contractus censualis, quando pecunia re ipsa numeratur coram notario, & testibus: at ex prævia conventione occulta statim emptori restituitur? Respondetur affirmativè, si ea pecunia ante erat debita emptori, & is verè intendit Censum emere. n. 21.

Secus autem si non erat debita. n. 22.

Quid si emptor mutuò accipiat pecuniam à venditore Census, ut eam ipsi numeret pro Censu? eodem n. 22. fine.

Tertia conditio circa pretium, ut Census

possit redimi eodem pretio, quo fuit emptus, non obstante cujusvis temporis praescriptione. Unde excluditur opinio, quae tenet facultatem redimendi competentem venditori ex pacto de retrovendendo praescribi, & tolli spatio 30. annorum. Et redditur irritum pactum, quod Census redimatur maiori pretio. n. 23.

Utrùm per hanc tertiam conditionem tollatur, ne venditor possit Censum redimere minori pretio? Respondetur negativè. n. 24.

Utrùm debeat Census redimi eodem pretio, pecunia numerata, ita ut non possit alijs etiam modis extingui? Negativè. num. 25.

Quando censuista fuerit debitis obstrictus ipsi censuario, non extinguitur Census, nisi postquam censuarius declaraverit, se velle ut illa debita cedant loco pretij pro redemptione, & extinctione Census. num. 26.

Census redimibilis non potest redimi, & extingui, invito censuista, per hoc, quod censuarius ei offerat res pretio aestimabiles, aequivalentes pretio, quo Census redimibilis est: secus autem per hoc, quod uti velit compensatione debiti illi pretio aequivalentis. eodem n. 26.

Per Bullam Pij V. excluduntur Census irredimibiles, qui constituerentur eodem, aut paulò maiori pretio, quo emuntur redimibiles: non autem qui justo, proportionato pretio emerentur: idque multis fundamentis probatur. n. 27. & seqq.

Quarta conditio ex parte pretij, est, ut semel pretium Censui constitutum nunquam minui, vel augeri possit. Et quomodo haec conditio intelligatur? n. 30.

Non tollitur per praedictam conditionem, quòd Census antiquus possit emi minori pretio, quàm quo fuit constitutus, quando propter aliquam causam effectus est vitiosus, & minoris valoris in se. n. 31.

Quando antiquus Census redimibilis deterior est effectus, & hac de causa fuit emptus ab aliquo tertio minori pretio, quam quo fuit constitutus, potest primus venditor eum redimere illo minori pretio, quo ab ultimo emptore fuit emptus, at non potest ipsum emptorem cogere ad revendendum pro tali pretio. n. 32.

Quatuor etiam circa pretium Census requiruntur conditiones in Bulla Pij V. Prima est, ut Census constituatur recepto integro, justoque pretio in pecunia verè numerata. Secunda, ut pecunia numeretur praesentibus testibus, & notario, in ipso actu celebrationis instrumenti, & non prius. Tertia, ut pro eodem pretio Census redimi, & extingui possit, non obstante etiam longissimi temporis, ac immemoriali praescriptione. Quarta, ut pretium semel Censui constitutum nunquam ob temporum, aut contrahentium qualitatē, seu aliud accidens, minui, vel augeri possit. 13

Prima conditio quatuor includit cautiones à Pontifice intentas. Prima est, *ut emptio Census fiat justo pretio.* Quod licet etiam de jure naturali ad justitiam contractus requiratur, sicut in qualibet alia materia, tamen ob solam inaequalitatem pretij, neque jure naturali, neque civili contractus redditur nullus, aut usurarius: neque in foro externo per jus civile succurritur parti laesae in sola inaequalitate pretij, nisi laesio sit ultra dimidium justi pretij, ut per *l. 2. C. de rescind. vendit.* At verò per Constit. Pij V. in dicta prima conditione, emptio Census facta quovis pretio infra justum, non solùm censetur injusta, sed etiam usuraria, & talis haberi debet, ac subinde irrita, ut notat Salas *tract. de Censibus. dub. 23. sub num. 2.* & acriter contra aliquos tuetur Leotard. *de usuris, q. 52. n. 2.* & multis seqq. ubi sub *n. 12.* pro hac ipsa sententia refer Anton. Gom. Emmanuel. Rodrig. Salon. Virginium, Sarmiento, Censium, & Duardum. Quae sententia satis clarè probatur ex illis verbis dictae constitutionis, §. 2. ibi; *Nisi verè in pecunia numerata*

numerata, &c. recepto integro, justoque pretio. Quod cum pro forma hujus contractus postuletur, & Pontifex inferius dicat: *Contractus sub alia forma posthac celebrandos fœneratitios judicamus*, planè exinde concluditur, emptionem Census infra justum pretium factam usurariam censeri, & consequenter irritam.

Juxta quam resolutionem, si Census minoris justo sit emptus, non potest emptor ex vi illius petere, aut recipere ullam pensionem, & si recipiat, cogitur imputare illam in sortem, sicut in alijs contractibus fœneratitijs, in quibus corrigendis generale est, ut licet sors salva maneat creditori, ut per *l. usuras, 20. & l. placuit, 29. ff. de usuris* (quanvis in pœnam aliud statuatur jure Lusitano *l. 4. Ordin. tit. 67. in princ.*) teneatur tamen imputare in sortem quidquid nomine reditus ei solutum est, *c. illo vos. de pignor. & c. 1. & 2. de usuris.* Sic cum Petro Gregor. Censio, & Rota Romana, Leotard. *d. q. 59. n. 6.* Nota verò, si is, qui Censum minoris justo emit, intendit re vera facere contractum emptionis, nullam re ipsa intervenire usuram, sed solùm præsumptivè, cum ibi non detur mutuum, in quo solo usura locũ habet. Unde Duard. *supra Constit, Pij V. §. 2. q. 26. n. 14. & q. 28. n. 8.* non improbabiliter sentit, quod in foro conscientiæ Census emptus minoris justo sustinetur pro ea parte, qua justũ pretium non excedit. Qualis autem censendus sit contractus, quo Census emitur minoris justo, & quæ sit obligatio illum corrigendi; seclusa constitutione Pij V. vel ubi illa recepta non est diximus *disp. praced. sec. 13. à n. 216.*

14 Secunda cautio est, ut loco pecuniæ non detur pro Censu res alia pecunia æstimabilis, quæ vicem pretij suppleat. Unde hìc per Pontificem excluditur contractus, quo quis Censum emeret, dando pro illo mercem ęquivalentem, ut gemmam, vasa aurea, vel argentea, & cęt. aut dando partem pretij in pecunia, & partem in mercibus, ut bene Molina *disp. 390. n. 1.* Azor *parte 3. c. 8. q. 2.* Rebel. *2. p. lib. 10. q. 6. num. 9.* Filiucius *tract. 35. part. 2. c. 3. num. 31.* Bonac. *tomo 2. disp. de contractib. q. 4. puncto unico, sub n. 22. vers. tertio non sufficere.* Leotard. plurimos referens *dicta q. 59. n. 34. & 36.* & alij communiter. Ratio est, quia per pecuniam verè numeratam, quam Pontifex requirit, non intelliguntur merces. Navar. autem *in commentario de usur. n. 121.* & quidam alij sentiunt hoc solùm requiri pro foro externo, quod sane est valde probabile, non solùm in hac conditione, sed in cæteris omnibus, quæ secundùm jus naturale non requiruntur, ut ad finem hujus disputationis videbimus. Excluditur etiam contractus, quo in pretium Census, vel in partem pretij cederentur nomina debitorum, ut bene advertit, & probat, relatis alijs, Leotard. *sup. n. 37*

15 Tertia cautio est, ut debitum, quod vendens Censum antea debebat emptori, non computetur in pretium; cum debita data in solutum pro Censu non contineant veram pecuniæ numerationem, quam Pontifex hìc requirit. Ita Azor *dicto cap. 8. q. 3.* Molina *disp. 390. n. 2. & 3.* Filiucius *dicto tract. 35. n. 308.* Bonac. *dicto puncto unico sub num. 22. vers. secundo non satis esse*, Solís *lib. 1. de Censibus, c. 8. num. 13.* & Rebel. *2. part. lib. 10. q. 1. n. 23. & q. ultim. n. 1.* Qui omnes tenent esse hoc necessarium ad valorem Census, non solùm pro foro externo, sed etiam pro interno: innumeros alios pro hac sententia refert, eos sequens Leotard. *de usuris, q. 60. n. 4.* dicens constare evidenter ex verbis Pij V. in dicta Bulla, ibi, *nisi verè in pecunia numerata.* Quin etiam Solís *supra*, & Rebel. *dicto num. 23.* sentiunt etiam, seclusa Bulla Pij V. & spectata solùm natura contractus censualis nullum omninò evadere talem contractum, si Census

ematur pecunia antea debita. Id tamen nullo sufficienti fundamento probant, nec certè probari potest. Nam pecunia debita non habet minorem æstimationem respectu debitoris, quàm præsens; ergo si tantùm rei naturam spectemus, quemadmodum potest emi Cēsus pecunia præsenti, sic etiam debita, cùm de æquipollentibus idem sit judicium, *l. final. ff. mandati, cap. licet ex quadam, de testibus.* Et ita hanc opinionē latè impugnat, & refellit Leotard. *dicta quæst.* 50. *n.* 7. *& seqq.*

16 Unde non placet etiam quod tradit Filiucius *supra n.* 309. Si debitor non esset solvendo, ita ut excusaretur in conscientia à restitutione, vel solutione, idque constaret creditori, fore hunc injustum, si ab illo exigeret, ut sibi pro tali debito constitueret Censum, quia virtualiter exigeret à debitore interesse pro pecunia debita, ad quod debitor in tali casu non tenetur. Hoc inquam, non placet, quia hoc ipso, quod debitor habet bona sufficientia ad fundandum Censum, per illa potest creditori satisfacere, vel redigendo illa in pecuniam, qua debitum solvat: vel, si hoc sibi incommodum, aut moraliter impossibile sit, constituendo creditori Censum juxta proportionem debiti; quare non est cur creditor id ab eo petere, & exigere non possit, cum unusquisque possit cogere debitorem, ut sibi solvat, & satisfaciat eo modo, quo potest. Nec obstat quod postulando Censum, quando debitor non potest aliter satisfacere, videatur exigere interesse talis debiti, quia præterquam quod sæpè debeatur interesse à debitore; qui absque culpa non solvit, quando debebat solvere, ut de debitore ex contractu tradidimus, *disp.* 7. *de contractibus in genere*, *sect.* 4. §. *in hac objectione*: in præsenti casu non exigitur propriè interesse pro debito, sed solùm ut constituatur Census seper bonis debitoris, & detur creditori in solutum loco pecuniæ debitæ, quod non est minus licitum, secundùm jus naturæ, quam si pro debito, quòd aliàs solvere non potes, offerres prædium, vel aliam rem fructiferam debito æquivalentem, eamque creditor in solutum acciperet. Unde Navarrus *de usuris, n.* 88. Reginal. *lib.* 25. *n.* 419. *dub.* 5. Surd. Petr. Salz. Gaspar Rodrig. Mastril. & Avendan. apud Leotard. *de usuris, q.* 60. *num.* 2. satis probabiliter affirmant, quòd etiam non obstante Bulla Pij V. licita, ac valida est in foro conscientiæ emptio Census pecunia debita, ut ex mutuo, vel alio justo titulo; à qua sententia non est omninò alienus, Rebel. *dicta q. ult. n.* 10.

Quarta cautio est, ut non ematur Census pecunia credita. Hoc peti, & præcipuè intendi in dicta prima conditione, minifestum est, & apud omnes indubitatum. Solùm potest verti in quæstionem, an etiam ex natura rei id sit necessarium ad valorem contractus censualis? Partem affirmativam suquuti sumus, *sect.* 1. *præcedentis disputationis in fine*, cùm Solís *lib.* 1. *de Censibus*, *cap.* 8. *n.* 11. & Rebel. *dicto libro* 10. *q.* 1. *n.* 2. & nunc etiam illam probabiliorem judicamus propter fundamenta ibidem adducta: quanvis satis etiam probabilem judicemus oppositam, quam tenent expresse Sotus *lib.* 6. *de justitia*, *q.* 5. *art.* 1. *circa finem*, Filiucius *dicto tract.* 35. *num.* 306. & alij, quos citat, & sequitur Leotard. *dicta q.* 60. *n.* 11. dummodò eam sic intelligamus, ut non liceat exigere pensionem, nisi à tempore, quo fuerit pretium solutum, vel nisi inæqualitas augmento pretij compensetur, ut advertit idem Filiucius, & sentit aperte Molina *disp.* 390. *n.* 1. dum ait, quod si non solvatur statim aliqua pars pretij, non licet exigere partem pensionis illi respondentem, nisi à tempore, quo pretium pro tali parte solutum fuerit, quod etiam est de mente Navarri *in comment. de usuris*, *n.* 78. *vers. quarta.* 17

Limi-

18 Limitanda verò est nostra sententia, & tota hæc doctrina, etiam juxta mentem Pij V. ut non procedat quandò Census emitur creditò in favorem venditoris, ut quando venditor vult pecuniam transmittere in aliam partē remotam, & propter transportationis pericula, utilius ei est accipere loco illius ab emptore apecam, sive cedulam bancariam idoneam, & securam. In hoc enim casu permisit Pius V. *in supra relata declaratione sua Constitutionis, de creatione Censuum,* ut posset constitui Census pecunia credita, dummodò tamen bancaria cedula integri pretij in ipso emptionis actu venditori exhibeatur: quod qua ratione intelligendum sit? latè explicat Leotard. *de usuris, quæst. 59. num. 39. & seqq.* Nec refert quod Pontifex solùm videatur loqui pro regno Siciliæ, cujus ibi meminit, eo quod pericula transportationis pecuniarum in eo frequenter occurrant. Nam cùm eadem sit ratio de alijs regnis, & provincijs, ubi similia sunt pericula, idem pro illis intelligendus est permisisse, aut declarasse, maximè cum hoc tendat ad favorem venditorum, in quorum gratiam hæc constitutio edita fuit. Atque ita intelligit Leotard. cit.

19 Declaravit prætereа idem Pontifex in præcitata suæ Bullæ expositione, quando Census constitueretur in dotem, opus non esse, ut pecunia actu numeraretur, sed posse in tali casu creari Censum, etiam pecunia ad manum non habita. Quod non tantùm pro casu dotis constituendæ, sed etiam restituendæ intelligendum esse, credit merito Leotard. *de usuris, q. 60. num. 34.* Primò, quia favor dotis constituendæ, & restituendæ parificantur juxta communem Doctorum, qui ob paritatem rationis tenent, sicut jus permittit alienari bona fideicommissi paterni ex causa dotis constituendæ, *Auth. res, quæ, C. commun. de leg. & in corpore*, ita etiam intelligi permissum ex causa dotis restituendæ. Qua de re latè Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 190.* & Fusar. *de substit. q. 532.* Secundò, quia Pius V. in dicta declaratione dixit absolutè, in dotium assignandarum casu locum non habere suam constitutionem, quo ad numerationem pecuniæ, quæ verba tam casum constituendæ, quam restituendæ dotis comprehendere videntur. Addit autem Leotard. hoc debere intelligi de dote restituenda mulieri, soluto matrimonio per mortem viri, non autem de restituenda hæredibus ipsius mulieris, ante virum demortuæ; quod ea restitutio non sit tanto favore digna.

Secunda conditio, qua petitur, *ut pecunia numeretur coram testibus, & notario, in actu celebrationis instrumenti*, satis per se est nota. Nec dubium quin saltem pro foro externo necessaria sit, ubi Bulla Pij V. plenè observatur. Ait autem Molina *disp. 390. n. 7.* paucissimos esse, qui hanc solemnitatem servent, etiam ubi illa Bulla quo ad multa alia recepta est; partim quia hæc solemnitas à contrahentibus ignoratur esse necessaria ad valorem contractus, partim quia molestissimum est, nec sine sumptu fieri potest, ut pecunia sex, aut octo mille aureorum, coram tabellione, & testibus numeretur. Unde credo hanc solemnitatem non esse usu receptam, ut etiam arbitratur Azor *d. cap. 8. fine*, & per consequens minimè hodie ad valorem contractus esse necessariam. Prætereа ubi Bulla etiam quo ad solénitatem viget, graves Doctores sentiunt eam non esse necessariam pro foro conscientiæ, sed tantùm pro externo, ad vitandam fraudis, & injustitiæ præsumptionem. Ita Navarrus *de usuris, n. 88.* Lessius *lib. 2. c. 22. dubit. 12. n. 80.* Sà *verbo Census, n. 3.* Azor *proximè citatus, q. 6.* & alij. Quam sententiam probabilem esse fatetur Filiucius *dict. tract. 35. par. 2. n. 313.* Licet oppositam existimet probabiliorem. Multi verò, quos citat, & sequi- 20

tur

tur Leotard. *de usuris*, *q. 59. num. 46.* ne dictam conditionem simpliciter necessariam existimant ad valorem contractus. Addit verò idem Leotard. *n.* 49 satis esse, si in continenti ante, vel post actum publicationis instrumenti verè pecunia numeretur, & tradatur tempore contractus.

21 Illud etiam dubio non caret utrùm validè, ac ligitimè, juxta dictam Bullam, celebretur contractus, quando emens Censum pecuniam re ipsa numerat coram notario, & testibus, quæ tamen ex prævia conventione occulta ipsi statim, in totum, aut in partem à venditore restituitur? Quod in duplici casu procedere potest, vel quãdo vendens Censum debebat emptori totam pecuniam, quam ei restituit, vel quando eam non debebat. In priori casu licet Azor *dicto cap. 8. q. 3.* & quidam alij censeant non celebrari legitimè contractum, juxta formã Bullæ, eo quod illa numeratio peccuniæ sub pacto restitutionis videatur facta in fraudem legis, & quia non censetur solutum pretiũ, quod statim redditur, *l. qui sic soluit*, *ff. de solutionibus.* Attamen contrarium longè probabilius videtur, si modò emptor pecuniam numerans verè per illam intendat emere Censum, & conventio, qua venditor se obligat ad eam statim reddendam, ipsaque realis restitutio, eò spectet, ut solvatur debitum, quo venditor erat obligatus; sic enim neque contra justitiam, neque contra Bullã peccatur, sed utrique ad unguem. satisfit. Et ita hanc sententiam tenent Molina *dicta disp. 390. n. 6.* Bonac. *d. puncto unico sub. num. 22. vers. quinto sequitur in fine.* Rota Romana, Censius, Francisc. Milanensis, Mastril. Philip. Fab. & alij, quos citat, & sequitur Leotard. *de usuris*, *q. 61. n. 15.* licet multi apud eundem Leotard. *n. 14.* sentiant, talem Censum, saltem in foro externo esse irritum. Neque obstat *d. l. qui sic soluit*: nam procedit, quando sine causa, vel ob injustam causam pecunia statim recipitur: secus autem, si ex juxta causa, ut bene advertit Leotard. *supra n. 16.* & probat per *l. qui id, quod, §. ex lege, ff. de donat.* Si autem emptor intendat emere pecunia, quæ sibi debetur, & solùm numerat pecuniam ad fingendũ se emere pecunia numerata juxta formam Bullę, tunc prior sententia tenenda est, ut convincunt fundamenta pro ea adducta, solùmquè pro foro conscientię erit validus contractus, juxta probabilem sententiam Navarri, & aliorum, qui tenent, has solennitates Bullę requiri tantùm pro foro externo, ob pręsumptionem usurę.

In posteriori verò casu, neque in foro conscientię validus erit contractus, saltem ad hoc ut statim possit exigi pensio, quia in tali casu intẽdit emptor Censum emere pecunia credita, quę emptio, etiam seclusa dispositione Bellę est nulla, aut saltem non prębet jus exigendi pensionem, donec pretium solvatur, ut ex supra dictis constat. Unde etiam probabilem judico sententiam Bonacinę, *dicto puncto unico, sub. num. 22. vers. sexto invalidum*, ubi docet non valere contractũ, quando emptor Census non habens pecuniam mutuò eam petit à venditore, ut eam ipsi numeret, & tradat in emptione Census; quòd hoc fieri videatur ad simulandam emptionem pecunia numerata: secus autem dicendum videri, si verum mutuum pręcessit. Omitto quosdam alios casus, quos circa prędictam dubitationem distinguit, ac resolvit Leotard. *dicta q 61.* sunt enim exigui momenti. 22

23 Tertia conditio, quæ est *ut Census possit redimi, & extingui eodem pretio, quo fuit emptus, non obstante cujusvis temporis prascriptione*, duo principaliter involuit. Primum, ut semper Census redimi possit à venditore, non obstante quavis pręscriptione. Secundum, ut possit redimi eodem pretio. Per primum excludit Pontifex eorum opinio-

opinionem, qui tenent facultatem redimendi competentem venditori ex pacto retrovendendi venditioni adjecto, præscribi, & tolli spatio triginta annorum, cujus oppositum probat Molina *disputat.* 374. *numero* 7. & agendo specialiter de Censu tradit Covar. *lib.* 1. *variarum*, *cap.* 9. *n.* 8. & relatis alijs, Leotard. *de usur. q.* 67. *n.* 2. Per secundum excludit, & reddit irritum pactum, quòd Census redimatur maiori pretio. In his omnes conveniunt.

24 Dubitabis autem primò, utrùm per hanc conditioné impediatur venditor Census, ne possit eum redimere minori pretio, licet emptor consentiat? Respondeo negativè cum Bonacina *dicto puncto unico*, *num.* 45. quia conditio, ut Census possit redimi eodem pretio, est apposita in favorem solius venditoris, quod autem ob gratiam alicujus conceditur, non est in ejus dispendium retorquendum, Regula *quod ob gratiam*, 61. *de regulis juris in* 6.

25 Dubitabis secundò, utrùm debeat Census redimi eodem pretio, pecunia numerata, vel possit alijs etiam modis extingui, ut per compensationem alicujus debiti, vel dando mercem aliquam loco pecuniæ? Respondeo, his etiam modis posse redimi. Ita Navar. *de usuris*, *num.* 123. & 124. *quæst.* 39. Molina *disp.* 394. *numer.* 6. Filiuc. *tract.* 35. *part.* 2. *numero* 320. Bonac. *dicto punct. unico*, *sub num.* 4. *vers. advertendum secundo*, & *seq.* Salas *de Censibus*, *dub.* 19. & plures alij. Ratio est, quia licet Bulla Pij V. ad emptionem Census requirat, ut fiat pecunia numerata coram notario, & cæt. id tamen non requirit ad redemptionem, neque talis conditio ad eam extendenda est, cùm hæc Bulla sit exorbitans à jure, atque adeò restringenda potius, quàm extendenda, maximè ubi nullum est periculum usuræ, ut in extinctione Census.

Si quæras, utrùm quando propter debitum censuistæ datur locus cõpensationi, extinguatur Census ipso facto, ita ut censuista non possit deinceps pensionem recipere? Respondeo negativè cum Navarro *de usuris*, *num.* 125. Tum quia licet compensatio in debitis fiat ipso jure, *l. final. Cod. de compensationibus*; oportet tamen, ut pars illam opponat, secundùm Azonem; *argum. text. in* §. *compensationes*, *Inst. de actionibus.* Tum maximè, quia in nostro Casu non concurrit debitum unius partis cum debito alterius; nam venditor Census, licet teneatur solvere pensionem suis temporibus, non tamen debet pretium Census, nisi quando voluerit redimere, & ita donec declaret, & moneat emptorem, se velle redimere, & ut id, quod sibi debet, cedat in compensationem pretij, non debet censeri Census redemptus. In eo autem est magna differentia inter redemptionem per compensationem debiti, atque per res alias pretio æstimabiles; quia per compensationem debiti potest extingui Census, etiam invito censuista; per alias autem res, quæ loco pretij dari possunt, non potest redimi, censuista invito, quia quamvis venditori Census relicta sit libera facultas redimendi eodem pretio; attamen hoc intelligitur, ut possit redimere offerendo re ipsa pretium in pecunia usuali, & ideo nisi Censuista liberè res alias velit acceptare loco talis pretij, cogi non potest ad Censum pro illis demittendum. Ita Menochius, Salas, & alij, quos citat, & sequitur Bonacina, *sub dicto numero* 41. *vers. dixi.* 26

Dubitabis tertiò, utrùm per eandem conditionem, quatenùs postulat, ut semper Census possit redimi à venditore excludantur omnes Census irredimibiles; ita ut ubi Bulla Pij V. recepta est, nullus Census constitui possit cum pacto, ut non possit redimi- 27

redimi? Respondeo per dictam conditionem,&per clausulam proximè sequentem, qua irritantur omnia pacta directè, vel indirectè, facultatem redimendi eodem pretio auferentia, excludi quidem Census irredimibiles ex omnium sententia: at hoc intelligendum esse de ijs, qui constituerentur eodem, aut paulò maiori pretio, quàm redimibiles: non autem, qui justo, & proportionato pretio emerentur. Ita sentiunt Navar. *de usur. n.* 98. *glos.* 18. Mol. *disp.* 391. *n.* 14. Less. *lib.* 2. *c.* 22. *dub.* 12. *sub n.* 92. Filiuc. *tract.* 33. *n.* 336. Bonac. *dicto punct. unico, sub n.* 41. *vers.* Navarrus tamen, Salas, Lælius Zec. Duard. & alij, quos refert Leotard. *de usur. q.* 67. *n.* 29. licet contrarium defendat ipse Leotard. cum Rota, Virginio, & paucis alijs, quibus magis accedit, Rebel. 2. *part. lib.* 10. *q.* 7. *in fine.* Fundamentum est, primò, quia Census irredimibiles justo pretio creati semper in Ecclesia fuerunt approbati, & usu recepti, absque scrupulo, utpotè qui effigiem usuræ non habeant, sicut redimibiles, quorum pretium, cùm restituendum sit, speciem mutui præ se fert: non est autem credibile, voluisse Pontificem tollere de medio contractum adeò licitum, & ab umbra etiam peccati alienum, sicq; privare absque legitima causa Respublicas sæculares usu cujusdam rei temporalis justæ, & ad communem utilitatem spectantis: maximè cùm jurisdictio Pontificia ad ejusmodi res temporales non extendatur, ut in hac specie notat Molina *supra.*

Secundò, quia Pius V. in hac Bul-
28 la solùm intendit satisfacere pijs aliquorum petitionibus, qui apud ipsum fuerunt conquesti de abusibus, qui circa Census à Martino V. & Callixto III. approbatos irrepserant; ut constat ex initio ejusdem Bullæ. Nemo autem unquam apud Pontificem conquestus est, de Censibus irredimibilibus justo pretio constitutis, sed tantùm de redimibilibus, sub quorum specie usuræ, & injustitiæ admittebantur: ergo non debent censeri sublati omninò per Pontificem Census simpliciter irredimibiles. Et confirmatur, nam si Pontifex non exclusit omninò Census redimibiles, qui usuris, & injustitijs viam muniebant, quomodò credendus est exclusisse omninò irredimibiles, qui hujusmodi vitijs minus erant obnoxij.

Tertiò denique, quia Census realis 26
irredimibilis nihil aliud est, quã quoddam onus, & quasi servitus perpetua in re alterius, qui autem credi potest, intendisse prudentem legislatorem, nedum Romanum Pontificem, prohibere, ne talis servitus emi posset absque pacto redimendi, propter usuræ effigiem, cùm potius tali pacto apposito, ea effigies detur, & maius sit periculum usuram palliandi! Tenendum igitur non esse à Pio V. exclusos omninò Census irredimibiles. Proceditque hæc sententia, non solùm de Censibus irredimiblilibus perpetuis, sed etiam de temporalibus, ut tenent Navar. & Molin. *locis citatis.*

Addit autem Molina *n* 16. quanvis Pius V. in dicta Bulla nihil statuerit circa Census prorsus irredimibiles justo pretio costitutos; tamen quæ potissimum circa redimibiles statuit, ut quod essent merè reales, & collocarentur in re certa, & alia ejusmodi, extendenda esse per epicheiam ad irredimibiles ex præsumpta voluntate Pontificis. Cæterùm quantum probabilitatis hoc habeat, alijs considerandum relinquo: mihi certè non placet. Nam per epicheiam, & interpretationem voluntatis legislatoris, licet interdum in particularibus casibus cesset obligatio legis; at nunquam obligatio ipsa inducitur, nisi sufficienter ipsis verbis legis exprimatur: quia voluntas legislatoris mente retenta, & non manifestata non obligat, Soar. *lib.* 6. *de legib. c.* 3. *n.* 22. atque ubi de obligatione agitur, stricta interpretatio facienda est;

Sa

Sà, *verb. interpretatio, n. 2.* facit. *l. semper 57. ff. de reg. jur.* ibi, *semper in dubijs benigniora præferenda sunt*, & *l. semper in obscuris, 9. ff. eod.* ibi, *semper in obscuris, quod minimum est sequimur.*

30 Quarta denique conditio, in qua postulatur, *ut pretium semel Censui constitutum, nunquam minui, vel augeri possit*, ita à nonnullis exponitur, ut solùm excludat variationem pretij in gravamen venditoris: ita ut sensus sit, semper posse redimi, & extingui Censum à venditore, reddito eodem pretio priori emptori, aut alteri, qui à priore emisset. Ita exponit Less. *d. dub. 12. n. 95.* Rebel. *d. lib. 10. q. 6. in fine*, & Bonac. *d. puncto unico, n. 42.* At hæc expositio non placet, quia non congruit verbis Bullæ, neque sibi ipsi; nam si Pontifex tantùm intendit, ut venditor Census non gravetur, sed semper possit redimere Censum eodem pretio, cur vetat, ut non possit minui pretium, quo semel fuit venditus, cum hoc non ad gravamen, sed potius ad favorem ipsius venditoris redempturi spectet? Melius ergo exponunt alij, sensum conditionis esse, ut nunquam propter ullam varietatem circunstantiarum, ex quibus aliàs pretia rerum variari solent, possit Census semel constitutus iterum vendi, aut emi maiori, vel minori pretio, quam quo fuit constitutus. Ita Navar. *in manuali, cap. 23. num. 91. fine*, Molina *disp. 392. clausula 14.* Filiuc. *tract. 35. p. 2. c. 3. n. 322.* Solís *lib. 2. de Censibus c. 1. n. 43. vers. quinto*, & alij. Fundamentum sumitur ex verbis ipsius Bullæ, quæ hunc sensum manifestè præferunt, nec nobis licet sine fundamento distinguere ubi illa non distinguit.

31 Merito tamen credunt Molina. *num. 3.* Filiucius *num. 323.* & alij apud eundem Filiucium, mentem Pontificis non esse impedire quominus Census antiquus possit emi minori pretio, quam quo fuit constitutus, quando propter aliquam causam effectus est vitiosus, & minoris valoris in se, ut quia res, in qua est constitutus, incipit periclitari, vel pensio non sine difficultate, molestijs, & expensis percipitur, ob potentiam debitoris, aut simili de causa; cùm credi non debeat voluisse Pontificem, ut Census deterioris adeò conditionis effectus habeat idem pretium, quod habebat quando talia in eo vitia non erant: cùm hoc sit apertè cōtra rationem, & æqualitatem justitiæ. Vnde communiter sentiunt DD. inter quos Molin. & Solís *sup.* quod ubi pretium Census est taxatum per legem, ut in Castella, potest emi Census minori pretio, si aliquo ejusmodi vitio laboret, ut si sit litigiosus, & incertus, vel debitor, aut res ipsa Censui obligata, minus ad solvendum potens.

An verò quando antiquus Census redimibilis deterior est effectus, & hac de causa fuit emptus ab aliquo tertio minori pretio, quam quo fuit constitutus, possit primus venditor eum redimere, offerendo tantùm illud minus pretium, quo ultimus emptor illum emit? Respondeo cum Filiuc *sup. n. 324.* & Bonac. *d. puncto unico, num. 44.* posse quidem in hoc casu primum venditorem redimere Censum minori illo pretio, quo ultimus emptor illum emit: at non posse ipsum emptorem cogere ad revendendum pro tali pretio. Ratio prioris partis est aperta; tum quia quod Census redimi possit eodem pretio, quo fuit constitutus, ponitur in Bulla Pij V. in favorem constituentis, & ideo non impedit illum, quominus possit redimere minori, si revenditor consentiat: tum maximè, quia si mutatio in deterius efficit, ut possit Cēsus emi minori pretio, quàm quo fuit constitutus, etiam efficiet, ut possit redimi minori. Alia pars inde constat, quia neque Bulla Pij V. neque alia lex dat jus venditori Census ad cogendum emptorem, ut revendat minori pretio, nisi ille pacto aliquo se ad id obligasset, nos autem hic loquimur, secluso tali pacto. 32

N SECTIO

SECTIO TERTIA.

De conditionibus requisitis in Bulla Pij V. circa pensionem Census.

SUMMARIUM.

Circa pensionem Census dua requiruntur conditiones à Pio V. Prima est, ut non fiant, nec deducantur in pactum solutiones anticipatæ; & quomodò id intelligatur? n. 33. & 34.

Quando debeatur pensio secundùm naturam contractus censualis? n. 33.

Secunda conditio est, ut non augeatur Census, nec creetur denuò super eadem re, vel super alia pro pensionibus temporis præteriti, vel futuri; & qui hujus conditionis sit sensus? n. 35.

Prædicta conditio non tollit, quominus postquam censuista pensiones percepit, possit, eis redditis, in pecunia numerata novum Censum, vel augmentum antiqui à censuario comparare. ibidem.

33 DVas circa pensionem Census conditiones ponit Pius V. Prima est, ut non fiant, nec deducantur in pactum solutiones anticipatæ, id est, ut non solvatur, nec ex aliquo pacto solvenda sit pensio, ante quam secundùm naturam contractus censualis debita sit. Ita omnes hanc conditionem intelligunt. At quando nam debetur pensio secundùm naturam contractus? Respondetur, non esse debitam integram pensionem, nisi in fine anni incipientis à die, quo pecunia pro constituendo Censu numerata est. Incipiet autem deberi à primo die numerationis pecuniæ: intermedio verò tempore deberi plures, aut pauciores partes pensionis pro rata temporis decursi, ut si Census esset duodecim modiorum tritici solvendorum in fine Augusti, emptusque fuisset numerato pretio quatuor immediatis mensibus ante finitum Augustum, solum debentur in fine proximi Augusti quatuor modij, & si esset emptus duobus ante mensibus, deberentur tantùm duo modij, & sic proportione habita de cæteris partibus anni, comparatis cum totidem partibus pensionis. Ita Covar. *lib. 1. variarum resolutionum, cap. 15. n. 10. & 11.* Molina *disp. 390. num. 10.* Less. *lib. 2. cap. 22. dub. 12. num. 81.* Filiuc. *tract. 35. n. 325.* Bonacina *tom. 2. disp. de contractibus, q. 4. puncto unico n. 26.* & cæteri communiter. Ratio est, quia pensio censualis est quasi fructus pecuniæ, qua Census fuit emptus, pecunia autem, ejusvè utilitas æqualiter se habet ad omnes anni partes, quantũ est ex se; igitur pro rata tẽporis, quod elapsum est, postquam Census numerata pecunia est emptus, debetur pensio emptori.

In prædicta ergo conditione postulat Pontifex, ut non cogatur venditor Census, etiam ex aliquo pacto adjecto, solvere pensionem, nisi pro rata temporis decursi, quæ conditio etiam jure naturæ necessaria est, nisi onus solvendi anticipatò pensionem sufficienter ab emptore Census compensetur, ut citati Doctores notant. Non vetat autem Pontifex, quin possit debitor Census solvere anticipato pensionem, si liberè, & sponte sua velit, ut quia sibi fortè magis commodum erit, vel quia vult censuistæ ea ratione gratificari. Itaque solùm prohibet Pontifex, ne quasi ex debito ad eam anticipatam solutionem cogatur. Ita Filiuc. *num. 326.* Bonac. *supr.* & alij. 34

Secunda conditio est, ut non augeatur Census, nec creetur denuò super eadem re, vel super alia, pro pensionibus temporis præteriti, vel futuri. Cujus sensus est, ut ex pensionibus decursis non augeatur Census jam constitutus, neque alius creetur. Vnde communiter dici solet, non posse in Censibus ercip- 35

percipi reditus ex reditibus non solutis. Non tollitur autem per hanc conditionem, quominùs possit creari, & augeri Census per ipsas pensiones, postquam solutæ fuerint, si rursus in pecunia numerata reddantur pro antiquo Censu augendo, vel novo alio solvendo. Ita Lessius *dicta dubit.* 12. *num.* 37. Filiuc. *dicta tractatione* 35. *num.* 327. Bonacina *dicto puncto unico num.* 40. & alij, quos refert. Probatur, quia postquam pensiones sunt solutæ, existunt sub dominio creditoris, & potest ex illis verè numerari pecunia, prout ad constitutionem Census requiritur: ergo non est cur ex eis jam solutis nequeat antiquus Census augeri, vel novus constitui.

SECTIO QUARTA.

De conditionibus, quas Pius V. requirit circa pacta, quæ contractui censuali adjici possent.

SUMMARIUM.

Pius V. prohibuit, & annullavit multa pacta in creatione Censuum, quæ aliàs erant licita. n. 36.

Prima conditio circa dicta pacta, quam Pius V. ponit, est, ut in contractu censuali non adjiciatur nec valeat pactum directè, aut indirectè obligans ad casus fortuitos eum, qui aliàs ex natura talis contractus non tenetur. n, 37.

Hoc pactum spectata solùm rei natura, licitum est. ibidem.

Prædicta conditio non tollit pacta, de præstandis casibus fortuitis, circa fructus rei Censui subjectæ, eodem n. 37. *fine.*

Secunda conditio est, ut non adjiciatur, nec valeat pactum auferens, aut restringens facultatem alienandi rem censitam sive inter vivos, sive ultima voluntate: quando autem vendenda fuerit, ut dominus Census præferatur cæteris emptoribus, eique denuntientur conditiones venditionis, expectetur-que per mensem ad deliberandum. num. 38.

Hæc conditio non est necessaria, si solùm jus naturale, aut antiquum positivum spectetur; nec ex natura rei illicitum est pactum, quo venditor Census se obliget ad solvendum laudemium, vel aliquid simile, quando rem censitam alteri vendiderit. eodem num. 38.

Si dominus rei censitæ illam vendat, non admonito censuista, an talis venditio valeat, nec censuista eam possit rescindere, & rem pro eodem pretio retrahere? Negant aliqui, & quibus fundamentis. numer. 39.

Opposita tamen sententia præfertur, & defenditur, n. 40. *& seqq.*

Præceptum Pij V. de admonendo, ac præferendo censuista quando res censita vendenda est, non obligat in conscientia: potueruntque Principes seculares illud in suis regnis non admittere. n. 41.

A quonam debeatur pensio, quando res censita fuit vendita, non admonito censuista? n. 43.

Vtrùm saltem, quando contrahentes expressè convenerunt, ne res censita venderetur, nisi admonito prius censuista, ut possit eam emere, si velit; possit censuista eam retrahere, si fuit vendita eo non admonito? n. 44. *& seqq.*

Tertia conditio est, ut non apponantur, nec valeant pacta, quibus debitor Census, si fuerit in mora solvendi pensionem, obligetur ad interesse lucri cessantis, vel ad cambium, aut ad certas expensas, vel salaria: aut ad salaria, vel expensas medio juramento creditoris liquidandas, vel ad ullas pœnas. n. 46.

Hæc conditio non tollit teneri morosum debitorem Census ad ea omnia, quæ creditor, secluso quovis pacto, ab eo poterat exigere. ibidem.

Si ex mora solvendi pensionem creditor passus est aliquod damnum, tenetur debitor

bitor illud resarcire; nec Pius V. prohibuit, quominus possit apponi pactum de tali damno resarciendo. n. 47.

Item, si mora debitoris fuit causa, ut creditor faceret aliquas expensas ad obtinendam pensionem, de illis etiam tenetur debitor: nec Pontifex vetuit has deduci in pactum. ibidem.

An teneatur etiam solvere lucrum cessans ipsi creditori ratione dictæ moræ; præsertim si tale lucrum cessans sit extrinsecum? num. 48. & seq.

Quarta conditio est, ut non apponantur; nec valeant pacta, quibus alter contrahentium se obliget ad onera, quæ alias ex natura contractus censualis ad eum non spectant, ut quod censuarius recipiat hospitio familiares censuistæ; & similia; quod latè declaratur. n. 50.

Non tollitur per hanc conditionem, quòd possit emptor Census exigere à venditore fidejussorem pro securitate pensionis solvendæ, vel pro solvendo interesse Census, si res censita evincatur. ibidem.

Quinta conditio est, ut nulla pacta obstent, quominus Census redito eodem pretio extingui possit. n. 51.

Vtrùm non obstante ullo pacto, integrum sit venditori Census illum redimere per partes? eodem n. 51. & 52.

Si in venditione Census redimibilis apponatur pactum, ut non possit redimi per partes, an debeat augeri pretium, vel alia ratione onus talis pacti venditori compensandum sit? Quidam Doctores affirmant. n. 53.

Alij tamen verius negant. n. 54.

Etiam ubi esset taxatum pretium Census redimibilis; licitum esset illum emere minori pretio, si venderetur cum pacto, quod posset redimi per partes. num. 55. in fine.

Vbi esset consuetudo, ut Census redimibiles possent redimi, etiam per partes, si ibi emeretur cum pacto, ut solùm posset redimi totus simul; minori pretio emi deberet, quam si tale pactum non apponeretur. n. 56.

Etiam ubi ex consuetudine, vel ex speciali pacto, Census esset redimibilis etiam per partes, non esset in potestate venditoris illum redimere per partes minimas, nisi hoc ipsum esset in usu, vel expressum in pacto. ibidem.

Sexta conditio est, ut non apponantur pacta, quibus contineatur, quòd possit emptor Census cogere venditorem ad redimendum Censum, sive in pœnam non solutæ pensionis, sive ob aliam causam, excepto casu, quo venditor denunciasset emptori, se velle Censum redimere. numero 57.

Spectato solo jure naturæ, non esset illicitum pactum, quod venditor teneatur Censum redimere in eventu, quo pensionem non solvat. ibidem.

36 Sectione 10. præcedentis disputationis statuimus, si solùm ius naturæ spectetur, adjici posse contractui censuali quælibet pacta, quæ secundùm se sint licita, & veritatem emptionis, & venditionis Census non tollant; quæ regula infinita propemodùm pacta comprehendit. Hanc verò tam amplam juris naturalis facultatem Pius V. in sua Bulla restrinxit, prohibendo, & annullando multa pacta, quæ aliàs erant licita Circa hæc igitur sex statuit conditiones pro contractu censuali rite celebrando.

37 Prima conditio est, ut non apponatur, nec valeat pactum directè, aut indirectè obligans ad casus fortuitos eum, qui aliàs ex natura contractus non tenetur: quale esset de solvendo Censu peremptа re censita, vel infruosa reddita. Hujusmodi verò pactum, si solam rei naturam spectemus, licitum est, ut in specie tradit Joannes Medina *Cod. de rebus per usuram acquisitis, q. ultima, paolò ante finem*, Molina *disput.* 390. *num,* 15. Valentia *tomo* 3. *disput.* 5. *quæst.* 22. *puncto* 6. §. *quarto sequitur,* ubi testatur ita fuisse judicatum in quadam celebri doctissimorum Theologorum disputatione habita Romæ anno

anno 1581. ipso præsente, Medin. *C. de reb. per usur. acquis. q. ult. paulò ante fin.* Solis *lib. 1. de Censib. cap. 4. sub n. 5. §. ex quo infero*, & alij: & patet nam generaliter in materia cujuscumque contractus, licitum est pactum de præstando rei periculo, etiam ex casu fortuito, *l. si. ut certo, §. nunc videndum, vers. certè si hoc, ff. commodati, l. 1. Cod. eodem titulo. l. 1. §. sæpe evenit, ff. depositi, l. & Aristoni. 39. ff. mandati, cum similibus*; & hoc est commune Juristarum placitum: opportet autem ut onus talis pacti sufficienter compensetur, nam est pretio æstimabile. Præterea spectata etiam Bulla Pij V. in hac prima conditione, non excluduntur pacta de præstandis casibus fortuitis circa fructus rei Censui subjectæ. Nam licet casu aliquo fructus non proferat, uno, duobus, aut tribus annis, non propterea manet censuarius deobligatus à solvenda pensione talium annorum secundùm naturam contractus, ut multis relatis Doctoribus tradidimus, *disp. præcendenti, sect. 6. §. 4. num. 96.* contra Molinam *dicta disputat. 390. numer. 14.* & sumi potest ex declaratione, quam Pius V. suæ Bullæ adhibuit, cujus meminimus *sect. 1. hujus disputat. in fine.*

38 Secunda conditio est, ut non adjiciatur, nec valeat pactum auferens, aut restringens facultatem alienandi rem Censui subjectam, sed ut talis res semper, & liberè, & sine solutione laudemij, alteriusvè rei, tam inter vivos, quàm ultima voluntate, alienari possit: quando autem vendenda fuerit, dominus Census alijs omnibus præferatur, eique denuncientur conditiones, quibus vendenda sit, & expectetur per mensem ad deliberandum, utrum velit eam emere. Hæc etiam conditio solo jure positivo Bullæ Pij V. postulatur: si enim tantum jus naturale, aut etiam positivum antiquum spectemus, non est invalidum, neque illicitum pactum, quo censuarius se obliget ad non alienandam rem censitam absque consensu censuistæ, ut bene tradit Medina *C. de rebus per usuram acquisitis, q. ult. vers. redeundo igitur, fol. 170. col. 1.* Molina, *disp. 390. num. 19.* Mercado, Covar. Michael de Palatio, & alij apud Solís *lib. 1. de Censib. cap. 10. numer. 1.* qui eandem sententiam re ipsa tenet *n. 4.* ubi ait, se etiam hanc pactionem admittere, si ejus gravamen justo pretio venditori Census compensetur: cùm quo temperamento à cæteris etiam Doctoribus, & à nobis hæc sententia intelligitur, illudque expresse adhibent Medina, & Molina *locis citatis*, qui etiam admittunt, licitum similiter esse ex natura rei pactum, quo venditor Census se obliget ad solvendum laudemium, aut aliquid simile, quando rem censitam alteri vendiderit. Ratio est, quia posita justa compensatione ejusmodi onerum, nihil contra justitiæ æqualitatem in eorum adjectione involvitur, neque tali adjectioni jus commune refragatur, sed potius favet, cùm juxta illud quilibet se obligare possit per contractum ad non alienandam rem suam, *l. si ita quis, §. ea lege, ff. de verborum obligat. l. ea lege, Cod. de condictione ob causam, l. si creditor, §. ult. ff. de distract. pignorum*, ubi Bartholus, Baldus, Angelus, & alij. Vide Solís *supra à n. 1.*

Sunt qui putant per dictam Bullam Pij V. non prohiberi pactum, ut res censita nequeat alienari, nisi in dominum Census, sed solum, ut nullo modo, etiam in ipsum dominum, alienari possit: sed hæc sententia planè repugnat literæ dictæ Bullæ, eamque latissimè refellit Leotard. *de usuris, quæst. 65. num. 7. & seqq.* Qui deinde plures adhibet ampliationes dictæ prohibitionis, ne facultas alienandi restringatur, quæ quidem omnes sunt per se manifestæ; & ideò in eis non immoror.

Circa clausulam verò, quam Pôtifex huic conditioni adjicit in favorem censuistæ, ut si res censita vendenda sit, 39

denuncientur censuistæ conditiones venditionis, & si eam velit emere, præferatur alijs, &c. Dubitari solet, utrùm si nihilominùs dominus rei censitæ illam vendat, non admonito Censuista, talis venditio sit valida, ita ut Censuista non possit eam rescindere, & rem pro eodem pretio retrahere? Negant Solís *lib. 1. de Censibus, cap. 10. num. 6.* Filiuc. *tract. 35. part. 2. num. 332.* Bonac. *tomo 2. disp. de contract. q. 4. punct. unic. sub num. 38. vers. imò aliqui*, & cum alijs Leotard. *dicta q. 65. num. 23. & 34.* Fundamentum Solís est, quia Pius V. in hac clausula concessit censuistæ ius prælationis in tali re respectu cujuscumque emptoris: qui autem habet ius prælationis in aliqua re potest illam retrahere ab emptore simile ius antiquius non habente. Filiucius verò nititur eadem Bulla Pij V. in alia clausula, ubi Pontifex judicat fæneratios, atque adeò irritos, omnes contractus celebratos contra formam ibi præscriptam: unde cùm in ea Bulla præscribatur, ne res censita vendatur, non admonito prius censuista, consequens est dictam venditionem esse irritam, ac proinde competere censuistæ ius retrahendi rem, si pro eodem pretio eam velit. Bonacina tandem recurrit ad *interdictum Salvianum*, affirmans posse censuistam virtute illius repetere rem censitam: datur enim hoc interdictum, saltem utiliter, ad obtinendam rem, ex qua pensio, aut satisfactio aliqua debetur, ut creditor ex tali re illam recipiat, ut patet ex *§. sequens divisio, vers. itaque, si quis, Inst. de interdict.* ubi Glos. & Doctores.

40 Cæterùm Molina *disp. 372. num. 5.* protestatur se non audere dicere locum esse retractui in proposito eventu ex vi prædictæ clausulæ Pij V. & meritò, quia per illam clausulam non irritatur venditio aliter facta, neque res censita subjicitur hypothecæ pro securitate obligationis, quæ censuario imponitur, non vendendi rem, irrequisito censuista: ejusmodi autem obligatio censuario imposita, seclusa obligatione reali ipsius rei, non tollit, quominùs res validè possit vendi alteri, à quo post traditionem retrahi non possit: si modò bona fide eam emerit, ut alibi tradidimus de re, quæ fuit vendita, & tradita cuidam tertio, cum jam esset alteri debita ex alia priori venditione. Nec dicas hoc ipso, quod illa venditio facta sit contra legem prohibentem, evadere ipso jure irritam, juxta *legem, non dubium, C. de legibus*, ubi statuitur, quoties aliquis actus per legem prohibetur, eo ipso censeri irritum per eandem legem, si fiat. Nam dispositio hujus legis, *non dubium*, ad summum habet locum in actibus prohibitis per leges imperiales, & in terris imperij, ubi illæ vigent, ut bene docet Suares *lib. 5. de legib. cap. 18.* & nos alijs etiam citatis, tradidimus *disp. 6. de contract. in genere, sect. 1. §. Cæterum alijs.*

Itaque, si tantum spectetur dicta clausula Bullæ, non evadit illa venditio invalida, neque est locus retractui. 41
Præterea verò addo, idem dicendum esse, spectata quavis alia clausula ejusdem Bullæ. Nam quod Pontifex infra dicit judicari à se fæneratitios contractus, qui sub alia forma celebrati fuerint, solùm intelligitur de contractibus censualibus, in quibus est periculum, aut species usuræ, non autem de illa venditione, in qua nulla talis est species. Unde Molina *dicta disp. 372. num. 4. fine, & disp. 390. n. 17. fine*, apertè sentit dictum præceptum Pontificis de admonendo, ac præferendo censuista, quando res censita vendenda est, non obligare in conscientia: ait enim tuta conscientia posse principes sæculares illud præceptum in suis regnis non admittere, cùm sit circa rem merè temporalem, in qua periculum animæ non vertitur. Cui doctrinæ accinit Navar. *de usur. num. 92.* quamvis advertat servandam esse illam dispositionem Bullæ, quia placuit Principi, argumento *legis*

prima

prima, *ff. de constit. Principum.*

42 Ex his patet responsio ad motiva prioris sententiæ. Ad id enim, quo Solis ducitur, respondetur jus prælationis, quod Pontifex censuistæ concedit non esse ius reale, sed tantum personale; quod non tollit, quominùs res possit validè, & irrevocabiliter alteri vendi, ac tradi, irrequisito censuista. Fundamentum verò Filiucij constat esse falsum, cùm proximè ostenderimus, in illa alia clausula Bullæ non agi de venditione rei censitæ, sed tantum de contractibus censualibus. Fundamentum denique Bonacinæ etiam non concludit, quia *interdictum Salvianum*, solùm datur ad obtinendam rem hypothecatam pro debita satisfactione ex illa percipienda, quando debitor aliàs non vult, aut non potest satisfacere: in nostro autem casu supponimus non denegari censuistæ pensionem debitam, sed tantùm vendi alteri rem censitam, eo non requisito.

43 Si autem quæras, à quonam in præsenti casu debeatur pensio? Respondet Virginius apud Azor *part. 3. lib. 10. cap. 11. q. 1.* liberum esse censuistæ exigere pensionem, vel à possessore rei, vel ab eo; qui illam vendidit ipso irrequisito. Quam sententiam tenet etiam Bonacina *dicto puncto unic. sub num. 38. vers. tertio si censuarius*, & videtur etiam tenere Navarrus *de usur. n. 116.* Dicendum tamen est solum deberi pensionem à possessore; nam onus eam solvendi, cùm sit merè reale, transit cum ipsa re: alioqui si etiam vẽditor cogi posset pensionem solvere, jam Census transiret in personalem, vel mixtum, qui per eandem Bullam prohibetur.

44 Sed quid, si ipsi contrahentes expresse inter se convenerint de non vendenda re censita, nisi requisito prius censuista, ut possit eam emere, si velit? Gutterres *lib. 2. practicarum quæstionum, q. 267. n. 4.* sentit, si res, non obstante hoc pacto, venditur irrequisito censuista, venditionem esse invalidam, & posse à censuista retrahi rem, non solum antequam sit tradita emptori (quod pro comperto habetur) sed etiam post traditionem: movetur, quod per ipsam constitutionem Census, maneat res obligata censuistæ peculiari quadam hypotheca cæteris fortiori: & hæc adjuncto dicto pacto impediat translationem dominij in alium emptorem, efficiatque ut censuista possit rem sibi avocare, ac retrahere; cùm dictum pactum sit una ex conditionibus contractus censualis, pro quibus non observatis res possit vendicari virtute dictæ hypothecæ, sicut vendicari posset pro non solutis reditibus decursis.

Probabilius tamen alij respondent, 45 non obstare dictum pactum, etiam si sit juratum, quominùs, si res censita alteri vendatur, & tradatur, talis venditio sit valida, & non competat censuistæ ius retractus. Ita Avendanius, & Martienzo apud Gutterres *supra n. 6.* quibus accedit Mol. *dict. disp. 372. num. 5.* ubi in eo tantùm eventu admittit opinionem Gutterris, quando res in ipso contractu censuali fuerit etiam specialiter hypothecata pro dicti pacti observatione. Ratio verò est, quia licet res censita ex vi ipsius contractus censualis sit specialiter obligata pro solvenda pensione; attamen, seclusa alia speciali hypotheca pro observatione dicti pacti, non apparet, unde pro tali observatione obligetur; quia imprimis nõ obligatur ex vi ipsius pacti; hoc enim solum inducit obligationem personalem, quẽadmodùm pactum de non alienando, quod, seclusa speciali hypotheca pro ejus observatione, non impedit, quominùs res vere, & irrevocabiliter alienari possit: ut tenet communissima Doctorum sententia, quam idem Gutterres admittit. Et confirmatur, quia illud pactum, cùm sit quædam promissio vendendi potius huic, quam alteri, non inducit maiorem obligationem, quam actualis venditio ipsius rei respe-

respectu ejus, cui vendita est: actualis autem venditio, seclusa traditione, solùm inducit obligationem personalem, & non tollit, quominùs si res vendatur, & tradatur alteri, is secundus emptor præferendus sit priori: ergo idem à fortiori dicendum in nostro casu. Deinde non obligatur ex vi ipsius contractus censualis, cùm dictum pactum, ejusque observatio sit quid extrinsecum, & præter naturam contractus censualis. Nihil autem aliud apparet unde illa rei obligatio oriatur. Fatendum igitur non obstare dictum pactum, quominûs res censita possit validè, & irrevocabiliter vendi, irrequisito censuista, ita ut postquam fuerit tradita, non possit illam retrahere ab emptore. Hoc tamen intelligendum est, quemadmodum notat Molina *dicta disp.* 372. *num.* 5. *fine*, seclusis quibusdam casibus, in quibus quando eadem res vendita est duobus in solidum, primus emptor præfertur secundo, nihil obstante quod fuerit prius tradita secundo, qua de re egimus *tract. de empt. & vend. disp.* 2. *sect.* 8. & videri potest Molina *disp.* 309.

46 Tertia conditio est, ut non apponantur, nec valeant pacta, quibus debitor Census, si fuerit in mora solvendi pensionem, obligetur ad interesse lucri cessantis, vel ad cambium, aut ad certas expensas, & salaria, aut ad salaria, vel expensas medio juramento creditoris liquidandas, aut ad amittendam rem censitam, aliquamvè ejus partem, vel ad alias pœnas. Per hanc conditionem non tollit Pontifex teneri morosum debitorem Census, ad ea omnia, quæ creditor, secluso quovis pacto ab eo poterat exigere. Nam Pontifex non intendit eum eximere ab aliqua obligatione, à qua aliàs ratione moræ teneretur, sed tantùm ne apponantur pacta, quibus usuræ palliari possint.

47 Unde si ex mora solvendi pensionem aliquod damnum creditori obvenerit, tenetur debitor ipso jure naturali illud resarcire, ut bene Navarrus *de usuris*, *num.* 93. *vers. an autem*, Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 12. *num.* 85. & alij. Neque Pontifex vetat, quominûs possit apponi pactum de tali damno resarciendo, ut relatis alijs notat Salas, *tract. de Censibus*, *dub.* 11. *sub num.* 1. *vers. septima*, quidquid Lessius oppositum sentiat. Nam ut bene advertit Navar. citatus, nulla de ejusmodi damno facta est mentio in Bulla. Item si mora debitoris in causa fuerit, ut creditor aliquas fecerit expensas ad obtinendam pensionem, tenetur de illis debitor, ut præter Navarrum, & Less. citatos, notat etiam Molina *disp.* 390. *num.* 22. & Salas *ubi sup.* nam jus naturale ad eas obligat. Quin etiam, si de illis solvendis pactũ apponatur, validum erit, ut sentire videntur Navar. & Molina citati, & tenet expresse relatis alijs, Leotard. *de usur. q.* 66. *num.* 9. Nam Pontifex solùm irritat pactum de expensis, & salarijs certis (id est quæ statim determinentur, quando pactum apponitur) & de liquidandis medio juramento creditoris, non verò de liquidis, aut quæ per testes liquidentur.

Similiter, si ex debitoris mora lucrum cesset creditori, non dubium, quin de illo etiam debitor teneatur, ut bene tradunt Less. & Molina *locis citatis*; quamvis oppositum doceat Navarrus *sub dicto num.* 93. qui in hoc, nec veritati, nec sibi ipsi satis cohæret. Nam si debitor morosus tenetur creditori de damno illi emergenti, ut ipse Navarrus fatetur, nec cum probabilitate negari potest, cur etiam non tenebitur de lucro cessante; cum hoc re ipsa sit quoddam damnum creditoris, eademque admittatur injustitia dando illi causam, atque damno emergenti. Credit autem Molina *supra n.* 23. esse hoc intelligendum de lucro intrinseco, ut si debitor tenebatur solvere triticum, quando valebat duos aureos, & tanti erat vendendum à creditore, illud autē 48

solvit

solvit postea, quando tantùm valet dimidium aurei; non autem de extrinseco, quale est, quod per industriam negotiationis, ut transportione in alium locum perciperetur. Probat, quia pensio censualis habet rationem mercis in emptione Census: venditor autem, qui est in mora tradendi mercem, non tenetur emptori de lucro extrinseco illi cessante, sed tantùm de intrinseco, ut sumitur ex *l. si sterilis*, 21. §. *per venditorem*, *ff. de action. empti*.

49 Nihilominùs magis placet contraria sententia Lessij *sup. num. 76.* asserentis saltem in foro conscientiæ teneri morosum debitorem Census ad compensandum etiam lucrum extrinsecum. Ducor, quia esto jure positivo venditor non tradens rem tempore debito, solùm teneatur emptori ad interesse intrinsecum, ut alibi probavimus; tamen cùm hoc non sit conforme juri naturali, non debet extendi ultra terminos ipsius juris positivi, atque adeò, nec ad casum, de quo hîc est sermo, cùm pensio censualis non sit res empta in contractu censuali (quidquid Molina in oppositum asserat, sibi minime cohærens) sed tantùm fructus quidam rei emptæ, id est, juris ad pensionem percipiendam: unde cum jure naturali, secluso positivo, debitor morosus teneatur creditori, tam ad interesse intrinsecum, quàm ad extrinsecū, consequens est, ut etiam in proposito casu debitor Census ad utrumque teneatur.

Ex quibus rejicienda omninò est opinio Leotard. *dicta quæst. 66. num. 4. & seqq.* ubi profitetur se contra receptam inter Theologos sententiam tenuisse, & tenere, non solùm esse prohibitum à Pio V. pactum de compensando interesse lucri cessantis ob moram in solvenda pensione, verùm etiam secluso pacto, & spectato jure naturali, minime obligari morosum censuarium ad tale interesse compensandum; quod quidem nulla ratione probat, nec probare potest; cùm in tali mora contineatur manifesta injustitia obligationem inducens tam damni emergentis, quàm lucri cessantis, saltem intrinseci, compensandi, quod adeò per se videtur notum, ut mirum sit, esse qui de hoc dubitet, ne dum contrarium teneat.

Quarta conditio est, ut non apponantur, nec valeant pacta, quibus alter contrahentium se obliget ad onera, quæ aliàs de jure, vel ex natura contractus censualis ad eum non spectant. 50
Ex hac conditione infert Navar. *de usuris, num. 94. gloss. 11.* non posse deduci in pactum, ut debitor Census teneatur recipere hospitio familiares censuistæ; & idē de similibus pactis judicandum; quæ secundùm rei naturam licita essent adhibita justa compensatione oneris per illa impositi. Quod etiam relatis alijs, & dicens esse communem sententiam tenet Leotard. *de usur. q. 64. num. 25.* ubi rejicit opinionem Duardi, *super Const. Pij V. §. 4. q 39. num. 6. & seqq.* qui tradit hanc conditionem postulari tantùm per respectum ad onera publica, non verò ad privata, seu quæ privatam causam habent, ut est onus recipiendi hospitio emptorem Census; vel ejus famulos, vel solvendi proxenetica, & mercedem notarij, qui instrumentum confecit, & similia. In quam opinionem graves alios Doctores trahit idem Duardus; & quidem Molina *disp. 291. clausula 7.* illi satis favet, nec ipse Leotard. eam censet prorsus improbabilem; nam solùm dicit, contrariam esse longè probabiliorem.

Infertur præterea, quid dicendum de pacto, ut venditor Census teneatur pensionem deferre in domum emptoris. Ubi distinguendum est: nam vel emptor, & venditor sunt ejusdem fori, id est, ejusdem oppidi, aut civitatis: & tunc, si pensio sit pecuniaria, valet pactum de ea ferenda in domum emptoris; quia ejusmodi onus de jure communi

muni spectat ad debitorem Census, ut constat ex gloss. *in l. item illa, ff. de const. pecun.* & Barth. *ibidem, num.* 13. multisque alijs apud Solís *de Censib. 2. p. lib.* 3. *c. ult. num.* 6. & Leotard. *dicta q.* 64. *num.* 31. in dicta autem conditione, & Bulla Pij V. solùm rejiciuntur pacta de oneribus, quæ aliàs de jure non spectant ad eum, qui se illis subjicit, ut constat ex textu ipsius Bullæ, ibi, *ad quem aliàs de jure, & ex natura contractus, &c.* Secus autem, si sit pensio fructuaria, seu solvenda in fructibus: nam debitor non tenetur de jure hujusmodi pensiones deferre in domum creditoris, *l.* 1. §. *licet autem, ff. de pericul. & commodo rei vend.* Ioan. Bapt. Lup. *de usur. comm.* 2. §. 1. *num.* 46. & cum alijs Leotar. *supra.* Vel sunt diversi fori: & in hoc casu, sive Census sit pecuniarius, sive fructuarius, invalidum est pactum, ut debitor teneatur deferre pensionem in domum creditoris; quia secundùm jus commune non tenetur talis debitor accedere ad domicilium creditoris, ut ei solvat, ut docent Barthol. Angelus, Albericus, & Paulus de Cast. *in dicta l. item illa*, & alij. Et ita sentiunt Solís *in dicto cap. ult. num.* 6. *vers. quo circa.* Vgol, *de usur. cap.* 45. §. 21. *num.* 2. Cens. *q.* 86. *num.* 18. & alij, quos citat, & sequitur Leotard. *d. q.* 64. *num.* 32. licet contrarium senserit Anton. Gom. jun. *lib. de Censib. cap.* 3. *num.* 30. & 31. post Carol. Molinæum: quos bene refellit Leotard. *n.* 34. *& seq.*

Infertur ulterius licitum esse pactum, ut venditor Census teneatur ad onera realia imposita super rebus, & fructibus, non ad onera, & collectas, quæ personis pro rebus indicuntur; quia hujusmodi onera spectant de jure ad ipsum venditorem dominum rei, seu fundi, super quo Census constitutus est, *l.* 1. *& l.* 10. *C. de annonis, l.* 2. *C. de immun. nemini conced. lib.* 10. *l.* 2. *&* 3. *C. sine Censu*, & ita in specie Navar. *comm. de usuris, num.* 132. *& consil.* 18. *tit. de empt. & vendit, num.* 1. Surd. *consil.* 162. *num.* 7. Menoch. *cons.* 983. *n.* 16. & cum multis alijs Leotard. *de usur. q.* 57. *num.* 8. *& q.* 64. *num.* 18. Quando autem onera collectarum, contributionum, vel tributorum fuerint imposita pro ratione bonorum, vel redituum cujusque personæ, ut interdum fit propter occurrentes necessitates Reipublicæ, tunc non licebit juxta dictam Bullam Pij V. pacisci, ut venditor Census solvat onus talis tributi pro parte, qua super ipsum Censum, seu ejus reditum, indictum est: quia pro ea parte spectat illud onus ad emptorem, non ad venditorem Census, sic Molina *disp.* 391. *clausula* 7. & cum alijs Leotard. *dicta quæst.* 64. *n.* 18.

Inferes tandem, si pacto rejiciantur in emptorem onera, quæ de jure spectant ad venditorem Census, tale etiam pactum esse irritum; quia dicta conditio, ne solutio onerum rejiciatur in eum, ad quem aliàs de jure non spectat, non solùm favore venditoris, sed etiã emptoris constituta est, ut satis patet ex textu Bullæ, ibi, *annullamus pacta continentia solutiones onerum ad eum spectare, ad quem aliàs de jure, & ex natura contractus non spectarent*, & sentiunt Lessius *lib.* 2. *de just. c.* 22. *n.* 87. Salas *tract. de Censibus, dub.* 11. *sub n.* 1. *vers. nona*, & Leotard. *d. q.* 64. *num.* 23. Vbi etiam notandum cum Navarro *d. com. de usuris, num.* 132. quod etiam de jure communi non valet pactum, quo dicti contrahentes pacisceerentur, ut venditor non teneretur solvere jura regalia, quæ ratione prædij censuarij debentur, ut per *d. l.* 2. *C. sine Censu.*

Advertunt etiam hoc loco DD. non prohiberi, quod possit emptor Census exigere à venditore fidejussores pro securitate pensionis solvendæ, vel pro solvendo interesse ipsius Census, si res censita evincatur. Nam dare fidejussorem ad hæc pertinet ad venditorem, si emptor illum petat. Sic Molina *d. disp.* 391. *clausula* 7. Filiuc. *tract.* 35. *p.* 2. *num.* 334. Salas *d. dub.* 11. *sub n.* 1.

1. *vers. nona*, & cum alijs Leotard. *de usur. q. 66. n. 24* Id quod etiam idem Pius V. declaravit in alia Bulla, cujus sæpe in superioribus meminimus.

51 Quinta conditio est, ut non obstent directè, aut indirectè pacta aliqua, quominus Census possit reddito eodem pretio extingui, seu redimi. Quæ circa hanc conditionem dici possent, omnia fermè profligata sunt *sect. 2.* circa tertiam conditionem ex parte pretij requisitam, ubi explicavimus, quid Pontifex intendat dum vult, ut semper penès censuarium sit libera facultas redimendi Censum eodem pretio, & an per eam conditionem excludantur omninò Census irredimibiles? Quare hoc tantùm circa hanc conditionem explicandum superest, utrùm, non obstante quovis pacto, integrum sit venditori Census, illum redimere per partes? Navarrus *de usur. num. 95. & 101. vers. pro parte vero*, sentit per hanc conditionem competere venditori facultatem, ut semper possit Censum redimere, tam in totum, quàm in partem; neque huic facultati obstare posse ullum pactum. Quæ sententia potest confirmari ex Martini V. & Callixti III. extravagantibus, quæ inter alias conditiones Censuum, quas approbant expresse ponunt liberam facultatem eos redimendi in totum, vel per partem. Idem, cum quadam limitatione, sentit Azor *p. 3. lib. 10. c. 17. q. 3.* dicens non posse restringi facultatem venditoris, ut nequeat redimere Censum per partes, nisi casu, quo vellet redimere per partes minutas, cum hoc cedat in grave damnum emptoris.

Nihilominùs communis, & verior
52 sententia est, licitè, & validè posse apponi pactum, ut Census per partes non redimatur. Ita Sà *verbo Census, num. 3.* Rebel. *part. 2. lib. 16. q. ult. num. 3.* Filiuc. *tract. 35. part. 2. num. 337.* Less. *lib. 2. cap. 22. dubit. 12. n. 93.* Reginal. *lib. 25. n. 424.* Bonac. *tomo 2. disp. de contract. q. 4. puncto unico, sub n. 4. vers. sed contraria sententia*, ubi alios refert, & Leotard. plurimos referens *lib. de usur. q. 57. n. 30. & seqq.* ubi latè impugnat Censium contrarium tenentem. Ratio est, quia hoc pactum neque secundùm se est illicitum, aut repugnans cum contractu censuali, ut patet: neque Pius V. illud reprobat, aut excludit in sua Bulla: nam solum quo ad hoc excludit, & annullat pacta, quæ tollant libertatem redimendi eodem pretio; hæc autem libertas optimè salvatur, si semper integrum sit censuario totum Censum redimere, & extinguere reddendo idem pretium, quo venditus fuit: neque conveniens erat, ut ea libertas extenderetur ad redimendum etiam per partes; cum hoc cedat in præjudicium emptoris, ut per se constat, & est textus *in l. plane, ff. familiæ erciscundæ.* Quod verò attinet ad extravagantes Martini V. & Callixti III. licet in eis approbentur Census constituti ea lege, ut possint redimi, etiam per partes, attamen non reprobantur, qui constituerentur sine tali lege, vel cum pacto, ut in totum, non per partes, redimantur.

Maius dubium est, utrum hoc pactum 53
licitè possit apponi, quando emitur Census redimibilis, quin oporteat augeri pretium talis Census, vel alia ratione onus talis pacti compensari venditori? Negant Gutterres *lib. 2. practicarum quæstionum, q. 174. num. 2.* Sotus *lib. 6. de justitia, q. 5. art. 3. conclus. 4.* Navar. *de usuris, num. 78. in quinta conditione*, & alij apud Gutterres; Probant quia quòd Census non possit redimi membratim, & per partes, sed totus simul, est quædam conditio gravans venditorem illius, & favens emptori; ergo cùm sit gravamen pretio æstimabile, non potest citra injustitiam in actum deduci, nisi aliqua ratione venditori compensetur. In hoc tamen citati Authores inter se dissentiunt, quod Navarrus putat censendum esse usurarium contractum, quo Census cum tali

tali pacto constituitur, nisi dicta compensatio adhibeatur. Alij verò sentiunt solùm esse injustum.

54 Verior nihilominùs est sententia Molinæ *disp.* 393. *num.* 8. ubi cum Sarmiento *lib.* 7. *selectarum interpret. cap.* 1. *num.* 27. & alijs, docet non plus valere Censum redimibilem, quando emitur cum expresso pacto, ut non possit redimi per partes, quam si emeretur absque tali pacto, sumendo illum absolute, secundùm id, quod ipsi ex natura rei inest, seclusa quavis lege, consuetudine, aut pacto alio in contrarium: & ita quando illud pactum adjiceretur, non oportere pretium Census augeri: quam sententiam sequitur, relatis alijs, Salas *de Censib. dub.* 56. *num.* 7. Probatur, quia Censui redimibili non inest ex natura rei, quòd possit redimi per partes: ergo quòd in contractu exprimatur, ut non per partes, sed totus simul redimendus sit, pretium ejus non variat; cùm nihil per tale pactum adjiciatur, quod ei aliâs non insit. Consequentia patet: antecedens probatur efficaciter ex alijs rebus, quæ venduntur cum pacto de retrovendendo; quæ ex omnium sententia non possunt, secundùm naturam talis venditionis, redimi per partes, sed totæ simul: eadem autem est ratio de Censu redimibili spactato secundùm præcisam naturam contractus, quo constituitur. Nã quod tali contractu emitur, non sunt pensiones annuæ, sed jus ad illas, quod est quoddam totum habens suas partes, quemadmodum prædium, & similes res venales. Unde si ejusmodi res, quando venditæ sunt cum pacto de retro, non possunt ex vi talis contractus redimi per partes, idem necessariò fatendum est de Censu.

55 Confirmatur, quia quòd Census vendatur cum pacto de retro, est gravamen emptoris, cum quo minus valet, quam si ematur sine tali pacto; & quod vendatur cum pacto, ut redimi possit etiam per partes, maius gravamen emptoris est, cum quo adhuc minus valet: gravamina autem, quæ non insunt ex natura rei emptioni, & venditioni, non censentur debita, nisi expresse, aut tacitè in pactum deducantur: ergo quando Census venditur cum pacto de retro, & non exprimitur, neque ex consuetudine, aut aliunde intelligitur, quòd venditur cum pacto, ut possit redimi pet partes, solùm debet intelligi, quod venditur cum onere, ut possit redimi totus simul, & non quod possit redimi per partes; cum hoc sit distinctum gravamen, quod in priori non includitur, neque ex natura rei debetur. Unde infert bene Molina *d. disp.* 393. *fine*, contra Gutterres *supra*, quod ubi esset taxatum pretium Census redimibilis, neque consuetudo esset, ut tales Census per partes etiam possint redimi, licitum foret emere minori pretio Censum, qui constitueretur cum pacto, ut redimi posset etiam per partes, quia tantò minus valet, quãti illud maius gravamen emptoris æstimatur.

Ubi autem esset consuetudo, ut Census redimibiles etiam per partes redimantur, & aliquis Census ibi emeretur cum pacto, ut solùm posset redimi in totum, fatemur emi debere maiori pretio, quàm si tale pactum non apponeretur; & quo ad hoc veram esse priorem sententiam; quia supposita tali consuetudine inest Censui redimibili tacita conditio in favorem venditoris, ut possit redimi, tam totus simul, quàm per partes; qua ratione minoris est pretij, quam cum pacto, ut solùm possit redimi totus simul; cum per tale pactum reddatur melioris conditionis respectu emptoris cùm incommodo venditoris, cui adimitur facultas, quæ aliàs ei competebat, ut posset redimere per partes. Adverte autem, etiam ubi consuetudine, aut ex speciali pacto, Census esset redimibilis, etiam per partes, non esse in potestate venditoris illum redimere per partes minimas, 56

nimas, nisi hoc ipsum esset in usu, & consuedine, aut expresse in pacto contineretur? cùm id cedat in grave detrimentum emptoris, nec sub generali facultate redimendi per partes, jure debeat intelligi redemptio tam speciali nota digna, sed tantum redemptio per partes magnas, ut per tertias, aut quartas partes, ut etiam Authores prioris sententiæ fatentur, teste Molina *d. disp.* 393. *n.* 8. *post medium.* Unde si in loco, ubi est consuetudo redimendi, etiam per partes, apponatur expresse pactum non redimendi per partes minimas, non debet ratione illius augeri pretium Census, cùm nihil per illud addatur, quod aliàs Cēsui tacitè non insit.

57 Sexta conditio est, ut non apponantur pacta, quibus contineatur, ut possit emptor Census cogere venditorem ad redimendum Censum, sive in pœnam non solutæ pensionis, sive ob aliam causam, excepto tantùm casu, quo venditor emptori denunciasset, se velle Censum redimere; tunc enim si venditor intra bimestre post factam denuntiationem Censum non redemerit, permittit Pontifex, ut emptor possit eum cogere intra annum à die denunciationis, ut Censum redimat. Per hanc conditionem non solùm vetat Pius V. ne Census constituantur simpliciter cum pacto, ut teneatur venditor redimere, quandocumque emptor voluerit, sed etiam ne constituantur cum pacto, ut in aliquo casu possit emptor venditorem cogere, ut Censum redimat, præter quam in casu assignato. Quam resolutionem pluribus illustrat Leotard. *de usuris, quæst.* 68. *num.* 1. *& multis seqq.* Si autem solùm jus naturale spectetur, notat Molina *disp.* 391. *clausula* 11. cum alijs, quos refert, non esse illicitum pactum, quo venditori injungeretur onus redimendi Censum, in eventu, quo pensionem non solvat. Esset enim hæc satis justa, & moderata pœna illius moræ. Et idem tenent plures alij apud Leotard. *dicta quæst.* 68. *num.* 11. licet nonnulli etiam refragentur, quos refert. *n.* 13.

SECTIO QUINTA.

De conditionibus requisitis per Pium V. in redimendo, & extinguendo Censu.

SUMMARIUM.

Prima conditio circa redemptionem Census à Pio V. requisita est, ut quando censuarius illum voluerit redimere, id denunciet domino Census, duobus mensibus ante redemptionem re ipsa faciendam. n. 58.

Utrùm per dictam conditionem obligetur censuarius perseverare in Censu, non redimendo illum donec sit transactum bimestre post denunciationem censuista factam? ibidem, & n. 59.

Prædicta conditio non obligat subditos principum laicorum: sicut nec illa alia, quod censuarius volens vendere rem censitam, teneatur admonere censuistam, & cæteris emptoribus eum præferre. eodem num. 59.

Quomodò computandi sint menses, quos Pontifex præfigit in prædicta conditione, & in illa alia, ubi præcipit ut censuarius volens vendere rem censitam, moneat censuistam, & expectet ejus deliberationem per unum mensem? n. 60. *& seqq.*

Quot diebus constet mensis, qui in jure præfigitur, aut conceditur, ut mensis dilationis, & cæt. Varia hac de re sententia. n. 60.

Sententia Authoris. n. 61.

Quando in lege conceduntur aliqui menses computantur regulariter eorum dies

de momento ad momentum. n. 62.

An tempus prædictorum mensium, quos censuarius expectare jubetur post denuntiationem factam censuistæ, currant etiam impedito? n. 63.

Secunda conditio est, ut quamvis pretium redemptionis non solvatur intra prædictum bimestre, possit nihilominus redimi Census, quandocumque censuarius voluerit, prævia denuntiatione prædicta duobus mensibus ante redemptionem. num. 64.

58 HActenus explicuimus conditiones, quæ jure positivo Bullæ Pij V. requiruntur ad constituendum Censum, sequitur, ut explicemus breviter, quas idem Pontifex requirit ad illum extinguendum. Duas enim ponit in prædicta Bulla. Prima est, ut quando debitor Census illum voluerit redimere, id denunciet domino Census duobus mensibus ante redemptionem re ipsa faciendam. Circa quam conditionem dubitant aliquì an per eam obligetur censuarius perseverare in Censu, non redimendo illum, donec sit transactũ bimestre post dictam denunciationem factam? Negat Molina *disp.* 391. *clausula* 10. *num.* 18. Fundatur in verbis, quæ Pontifex statim subjungit, ibi: *Et ubi pretium neque volens intra bimestre solvat:* ubi solutioné pretij, atque adeò redemptionem Census intra dictum bimestre in libera voluntate censuarij relinquit.

59 Contraria tamen sententia videtur probabilior, quod videlicet teneatur censuarius juxta dictam Bullam persistere in Censu per totum bimestre, si censuista nolit eum redimi intra tale tempus. Ita sentiunt Salas *tract. de Censibus, dub.* 12. *sub num.* 5. Filiuc. *tract.* 35. *parte* 2. *num.* 338. & Bonacina *tomo* 2. *disp. de contractib. quæst.* 4. *puncto unico sub numer.* 4. *vers. primo censuarium.* Alioqui frustraneè juberetur censuarius facere illam denunciationé dictis duobus mensibus ante redemptionem. Nam ad quid talis denunciatio inserviret, si statim posset Censum redimere, & extinguere? Credit autem Navarrus *in comment. de usuris, num.* 106. *vers. tertio quod*, & Molina *dicto num.* 8. quod neque hæc conditio, neque illa alia, quam Pontifex injungit censuario, ut si velit vendere rem censitam, teneatur id denunciare censuistæ, illumque cæteris præferre, ligat subditos principum laicorum; quia est de re merè temporali, in qua periculum animæ non vertitur.

Dubitari præterea potest, quomodò computandi sint menses, de quibus pontifex loquitur in hac conditione, & in simili, ubi præcipit, ut volente censuario vendere rem censitam, moneatur censuista de venditione, & expectetur per mensem ad deliberandum? Hac in re duæ involuuntur quæstiones. Prima est, quot diebus constare debeant hujusmodi menses? In qua specie licet nemo, quem legerim, disputaverit, tamen loquendo in genere de diebus, quibus constat mensis, de quo in jure fit mentio, multi disputant, & variè opinantur. Quidam enim sentiunt, constare talem mensem 28. diebus, ex quibus quatuor hebdomadæ consurgunt: alij verò constare 30. diebus: alij prudentis arbitrio id relinqui, ut videre est apud Menochium *lib.* 2. *de arbitrarijs, centuria* 1. *casu* 50. 60

Nobis tamen tenenda est sententia, quam cum Bartholo, & multis alijs tradit Sanches *lib.* 2. *de matrimon. disp.* 24. *num.* 15. asserens, quòd quando lex, vel statutum concedens mensem, disponit à quo tempore mensis incipiat, ut à die electionis, vel à die per judicem designanda, accipitur mensis secundùm quod occurrit in Kalendario; & quod ex illo mense deficit, accipitur de sequenti; & ita habebit mensis ille triginta dies, vel triginta unum, ut in Kalendario 61

occur-

occurrerit, ut si electio facienda sit intra duos menses à die vacationis, & talis dies fuit octaua Januarij, complebitur tale bimestre die septima Martij, quia cum ad integrum Januarium deficiant septem dies, accipiet illos à Februario, & Februarius accipiet totidem à Martio; unde cum in specie, de qua loquimur, per legem Pij V. assignetur tempus, à quo dicti menses incipere debeant, nimirùm à tempore, quo denunciatio facta fuerit domino Census, dicendum est, tales menses accipi debere prout in Kalendario occurrerint, modo explicato.

62 Alia quæstio est, utrùm in dictis mensibus computanda sit prima dies, in qua fuit denunciatio? Negant Azor *parte 3. lib. 10. cap. 12. §. penultimo*, & Bonacina *dicto puncto unico, sub numero 40. vers. hac occasione.* Nam, ut aiunt, Dies termini, non computatur in termino. *l. 1. ff. si quis cautionibus*, ubi Bartholus, & alij. Oppositum tamen videtur dicendum juxta Sanches proximè citatum, *num.* 26. ubi cum Lambertino docet, quando in lege ejusmodi menses conceduntur, computandos esse eorum dies de momento ad momomentũ. Et probat, quia tempus incipiens ab aliqua die determinata computatur regulariter de momento ad momentum, ut expresse habetur *l. 3. §. minore. ff. de minoribus*, & tradit, relatis alijs, Antonius Gom. *l. 70. Tauri, n.* 25. Hoc verò generale documentum varias patitur limitationes, pro quibus videndus omninò Tiraquel. *de retractu linagier, §. 1. glossa 11. à num. 17.* ubi hoc latissimè, & eruditissimè tractat.

63 Dubitari tandem potest, an tempus prædictorum mensium currat etiam legitimè impedito? Azor *proximè citatus*, in partem negativam inclinat. At oppositum videtur dicendum juxta doctrinam Sanches *lib. 7. de matrimonio, disput. 37. numero 19.* ubi docet, licet tempus præfixum in odium negligentium, non currat ignoranti, vel impedito: at secus esse, quando non in odium negligentis, sed in favorem alterius præscribitur; pro qua doctrina multos allegat Doctores. Unde cum tempus prædictorum mensium non sit præscriptum in odium alicujus negligentis, dicendum videtur debere currere etiam impedito.

Secunda conditio est, ut quanvis pretium Census non solvatur intra prædictum bimestre à censuario redimere volente, nec censuista illud exigat intra annum post factam sibi denunciationem redimendi, possit nihilominus redimi Census quandocumque censuario placuerit, prævia denunciatione prædicta duobus mensibus ante redemptionem. Circa quam conditionem nihil occurrit dicendum, quod ex dictis circa præcedentem non pateat. 64

SECTIO SEXTA.

Dissolvuntur nonnullæ quæstiones circa prædictas conditiones, & totam Constitutionem Pij V.

SUMMARIUM.

Census constituti ante dictam Bullam Pij V. vel ubi illa recepta non est, non debent censeri irriti ex eo, quod in eis non sint servatæ conditiones, quæ in illa præscribuntur. n. 65.

Etiam Census, qui post publicationem dictæ Bullæ constituti sunt, non per viam emptionis, aut permutationis, sed per testamentum, vel per donationem, aut assignationem dotis, aut alio simili titulo, validi esse possunt, licet forma, & conditiones dictæ Bullæ in eis non reperiantur. n. 66.

Si Census constituatur per sententiam judicis, non oportet servari in eo conditiones Pij V. n. 67.

Quod intelligitur, sive debitum, propter quod Census constituitur, sit debitum quantitatis, sive speciei, quidquid Navarrus contradicat. n. 68.

Etiam ob non solutam quantitatem pœna conventionalis moderata imponi, & deberi potest in foro conscientiæ, quamvis non in foro externo. ibidem.

Census constituti post publicationem dictæ Bullæ in Provincijs, & Diœcesibus, ubi publicata non erat, & communiter ignorabatur, non debent censeri invalidi, ex eo quod Bullæ conditiones in eis desiderentur. n. 69.

Sententia, quæ docet leges Pontificias obligare ubique post duos menses à publicatione facta Romæ, *limitari debet, ut non procedat in legibibus irritantibus aliquem actum cujus annullatio cedat in grave detrimentum subditorum, si habeant vim irritandi pro singulis Provincijs, antequam in eis promulgentur. eodem num. 69.*

Census, qui non servata forma, & conditionibus Bullæ Pij V. post sufficientem ejus promulgationem constituti fuerunt, sunt invalidi jure positivo ejusdem Bullæ. n. 70.

Quanvis Pius V. fœneratitios appellet contractus censuales contra formam suæ Bullæ celebratos, inde non sequitur tales esse ex natura rei. n. 71.

Vtrùm quemadmodum datur simonia contra solùm jus humanum, sic etiam in Censibus constitutis contra formam Bullæ Pij V. admittenda sit usura contra solum jus humanum illius Bullæ? eodem num. 71.

Vtrùm apposito aliquo pacto, vel conditione contra dispositionem dictæ Bullæ, totus contractus censualis vitietur, & sit nullus, vel solum, quod contra Bullam adjectum est? n. 72. & seq.

Vtrùm non solum pro foro externo, sed etiam pro interno, sit irritus contractus censualis celebratus contra formam præscriptam à Pio V. quamvis habeat omnia requisita de jure naturali? num. 74. & seq.

Lex fundata in præsumptione facti non obligat, quando præsumptio est falsa. num. 76.

Contractus censualis celebratus contra formam Bullæ Pij V. Præsumuntur usurarij præsumptione juris, & de jure, contra quam non admittitur probatio. num. 77.

Dicta Constitutio Pij V. non obligat in conscientia ad non celebrandum sub alia forma contractum censualem, in quo nihil interveniat contra jus naturale. num. 78.

Quando lex præscribens formam alicujus actus non dirigitur immediatè in personas, sed in ipsum actum, qualificando, & annulando illum, si fiat sine tali forma, nulla est culpa regulariter loquendo, illum absque ea forma efficere. eodem num. 78.

Quas pœnas incurrant celebrantes contractum censualem contra formam à Pio V. præscriptam? & utrùm ab eis excusentur, qui aliter illum celebrant, servatis tamen requisitis de jure naturali? num. 79.

Nullus eas pœnas incurrit in foro conscientiæ ante sententiam judicis. ibid.

Dicta Bulla Pij V. multis in locis recepta non est, & in aliquibus non est recepta quo ad omnes conditiones, sed tantum quo ad aliquas. n. 80.

AD extremum pro præsenti disputatione, & tota materia de contractu censuali absolvenda, nonnullæ circa constituta per Bullam Pij V. supersunt quæstiones breviter enodandæ. Prima quæstio est, utrũ omnes Census constituti contra formam hujus Bullæ sint irriti? Respondeo, & Dico primo, Census constituti ante promulgationẽ hujus Bullæ nõ debent censeri irriti, ex eo, quod in eis non fuerint servatæ conditiones, quæ in Bulla præscribuntur. Ita communiter Doc- 65

Doctores, & patet, nam requisita in hac Bulla non sunt necessaria ex natura rei ad valorem contractus censualis, ut ex supradictis constat. Neque Pontifex voluit eam extendi ad Census ante Bullæ promulgationem creatos, ut expressè in eadem Bulla declaratur, ibi. *Modo post publicationem Constitutionis creatus sit.* Et idem prorsus dicendum de Censibus constitutis post Bullam, ubi illa recepta non est; cum respectu eorum nihil Bulla operetur; & perinde se habeant, ac si nunquam talis Constitutio extitisset.

66 Dico secundo. Etiam Census, qui post publicationem Bullæ sunt constituti, non per viam emptionis, aut permutationis, sed per testamentum, aut aliam ultimam voluntatem, vel per donationem, aut per assignationem dotis, vel per sponsalitiam largitatem, aut per viam donationis, propter nuptias, aut donationis factæ alicui Ecclesiæ, vel capellæ, cum onere divinorum officiorum, validi esse possunt, etiam si forma, & conditiones Bullæ in eis non reperiantur. Ita Navarrus *in commentario de usuris, numero* 98. Molina *disput.* 392. *num.* 2. Less. *lib.* 2. *cap.* 22. *dubit.* 12. *num.* 96. Salas *tract. de Censibus, dubit.* 12. *num.* 7. *fine*, Censius *de Censibus, quæst.* 48. *num.* 12. & Leotard. *tractat. de usuris, quæst.* 43. *num.* 12. & alij. Probatur, tum quia ipse contextus, & omnes penè conditiones Bullæ solùm habent locum in Censibus, qui constituuntur accepto eorum pretio; tum etiam, quia præsumptio fraudis usurarum, in qua Bulla fundatur, cessat generaliter in illis alijs modis constituendi Censum; unde ipsa etiam Bulla in eis cessat, *argum. cap. cum cessante, de appellationibus, & l. adigere, §. quamvis, ff. de jure patronatus.*

67 Dico tertio. Census etiam, qui constitueretur per sententiam judicis validus esse potest, quamvis in eo non serventur conditiones Bullæ: ut si judex aliquem condemnaret ad solvendum, verbi causa, mille, sub hac disjunctione, ut vel statim illa solveret, vel annuum Censum, dum ea non solveret. Valebit quippe ejusmodi Census nihil obstante, quod non constitueretur, pecunia numerata. Ita Navarrus *supra numer.* 99. *& seqq.* & Molina *disp.* 394. *num.* 1. qui tamen addunt debere hoc intelligi, dummodo judex talem Censum cōstituat propter compensandum interesse, quod creditori cessabit ex dillatione solutionis, vel in pœnam contumaciæ. Probant, quia hoc secundùm se est licitum, & Bulla Pij V. non procedit de ejusmodi Censu, sed tantum de ijs, qui constituuntur per contractum, & conventionem partium.

Limitat autem hanc resolutionem Navarrus, ut non procedat, si debitum sit quantitatis, id est, rei consistentis in numero, pondere, aut mensura; cum pœna propter ejusmodi debita præsumatur imposita in fraudem usurarum. Merito tamen hanc limitationem rejicit Molina citatus, nam quodcumque sit debitum, si verè lucrum cessat creditori ex dilatione solutionis, vel in debitore datur contumacia, eadem prorsus est ratio, & justitiæ æquitas. ut debitor per judicem damnetur ad solvendum Censum. Neque obstat, quod Navarrus ait, pœnam impositam ob non solutam quantitatem præsumi in fraudem usurarum. Nam hoc solum est verum de pœna conventionali, non autem de judiciali, qualis est hæc, de qua loquimur. Imò nec in pœna conventionali moderata, & proportionata culpæ id locum habet in foro conscientiæ, sed tantùm in externo, ut alibi probavimus. 68

Dico quarto. Etiam Census per verum contractum censualem emptionis, & venditionis constituti, qui multo tempore post Bullam Romæ publicatam creati fuerunt in Provin- 69

cijs, & Diœcesibus, ubi publicata non erat, & communiter ignorabatur, non debent censeri invalidi, ex eo quod Bullæ conditiones in eis desiderentur. Ita Molina *disp.* 395. *num.* 5. Less. *lib.* 2. *cap.* 12. *dub.* 13. *num.* 98. & Reginal. *lib.* 25. *numer.* 414. & videtur consentire Leotard. *de usuris*, *q.* 44. *n.* 12. *vers. accedat quod ea.* Probatur primò, quia fortè, probabilior est sententia, quæ tenet non solùm leges imperiales, sed etiam pontificias, non obligare, nec vim irritandi habere, antequam promulgatæ sint in Provincia. Quam sententiam sequitur, & egregiè probat, relatis alijs, Molina *loco cit. sub n.* 6. Secundò, quia esto admittamus eorum sententiam, qui docent leges pontificias obligare ubique post duos menses à publicatione facta Romæ, limitari debet, ut non procedat in legibus irritantibus aliquem actum, cujus annullatio cedet in grave præjudium subditorum, si habeant vim irritandi pro singulis provincijs, seu Diœcesibus, antequam in eis promulgentur, ut etiam tradit Sotus *lib.* 1. *de justit. q.* 1. *art.* 4. *vers. at vero de summo Pontifice*, ut si ferretur lex irritans matrimonium celebratum absque certis conditionibus, vel quid simile; neque enim credendũ est mentem pontificis esse, ut suæ leges cum tam gravi subditorum præjudicio ligare incipiant, antequam ita sint promulgatæ, ut omnibus fermè sint notæ: ad quod planè requiritur, ut prius in singulis Diœcesibus publicentur. Cùm ergo constitutio Pij V. talis sit, ut per se constat, consequens est, non cepisse obligare, & irritare contractus Censuales sub alia forma celebratos, in qualibet provincia, antequã in eadẽ provincia fuisset publicata.

70 Dico quintò. Census constituti per contractum censualem non servata forma, & conditionibus Bullæ, ubi illa jam esset sufficienter publicata, & recepta, sunt invalidi jure positivo ejusdem Bullæ. Ita communiter Doctores. Probatur, quia Pontifex expressè in hac Bulla vult, ut contractus censuales, qui sub alia forma post Bullæ publicationem fuerint celebrati, judicentur fœneratitij, & ut tales eos damnat: contractus autem fœneratitij, seu usurarij, ipso jure sunt nulli, ut tenet cõmunis sententia.

Adverte autem quamvis Pontifex fœneratitios judicet contractus contra formam Bullæ celebratos, inde non sequi tales esse ex natura rei. Nam si emens Censum verè intendat emere, & vendens verè intendat vendere, servatis ijs, quæ secundùm jus naturale ad talem contractum requiruntur, nulla in eo secundùm rei naturam potest esse ratio usuræ, aut iniustitiæ, etiam si forma, & conditiones Bullæ in eo desiderentur; quæ, ut sæpe advertimus jure naturali necessariæ non sunt. Unde credunt aliqui, sicut datur duplex simonia, altera contra jus naturale, & divinum, altera contra solùm jus humanum: ita admitti debere duplicem usuram: unam contra jus naturale: alteram contra solùm jus positivum, & humanum, & talem esse, de qua Pius V. damnat omnes contractus contra formam suæ Bullæ celebratos. At contrarium magis placet Less. *dicto c.* 22. *dubit.* 12. *n.* 97. & meritò: quia usura non potest esse, ubi nulla re ipsa est inæqualitas contra justitiam; atque adeò quin sit contra jus naturale: in cõtractibus autem celebratis contra formam illius Bullæ, potest nulla esse talis inæqualitas, ut constat; ergo non potest in eis esse ratio usuræ, quæ sit contra solùm jus humanum. In simonia est diversa ratio; quia satis est quod aliquis contractus circa res sacras prohibeatur jure humano ob earum reverentiam, ut eum celebrans committat peccatum irreligiositatis, cujus generis est simonia, licet seclusa illa prohibitione, talis contractus esset licitus. Illud tamen libenter admitto cum Molina *disp.* 392. *n.* 1. induci in hac Bulla usu-

usuram juris humani solùm quo ad pœnas: quod nimirum velit Pontifex, ut qui contractus censuales aliter celebraverint, quàm in Bulla postulatur, præsumantur usurarij, & quidem præsumptione juris, & de jure, atque adeò ut pœnis usurariorum subjiciantur.

72 Secunda quæstio est. Utrùm apposito aliquo pacto, seu conditione, contra dispositionem dictæ Bullæ, totus contractus censualis judicandus sit fæneratitius, & consequenter nullus; vel solùm pactum, quod contra Bullam appositum est? Gutterres *lib. 2. practicarum quæstionum, q. 176.* Avendan. *de Censibus, cap. 36. num. 21.* Trentacinq. *variar. resol. lib. 3. tit. de Censibus, num. 17.* Senatus Lusitanus relatus à Valasco, *consultat, 133. num. 13. & 14.* Scacc. *de commerc. §. 1. q. 7. ampl. 10. n. 17.* Steph, Grat. *discep. for. c. 141. num. 23. lib. 1.* Feder. Martin. *de Censib. c. 6. n. 169. & seqq.* Intreglio *l. q. 8. n. 11.* Cens. cum multis decision. Rotæ Romanæ, *q. 53. num. 13. & num. 31. & 33.* Ioan. Bapt. Scortia, *Theorem. 265. in fine*, & alij, quos refert Leotard. *de usur. q. 62. num. 9.* & sequitur *n. 21. & seqq.* tenent solum pactum contra formam Bullæ adjectum evadere nullum. Probatur primò, ex regula juris, *quod utile per inutile non vitiatur, l. 1. §. sed si mihi, ff. de verborum oblig.* Secundo, ex verbis ejusdem Bullæ, quæ in multis partibus annullat speciatim ipsa pacta reprobata; quod est magnum indicium, ea tantùm annullari, quando aliàs in contractu principali non defuerint, quæ ad ejus valorem postulantur: nam si contractus principalis redderetur nullus, eo ipso quod aliquid ex dictis pactis reprobatis ei adijceretur, non erat cur ipsa pacta specialiter, & expresse annullarentur; cum irritato contractu principali nulla pacta illi adjecta stare possint, & frustraneum sit ea speciatim irritare. Tertio, quia quando Pontifex in Bulla dicit se judicare fæneratitios, atque adeò irritos, contractus sub alia forma postea celebrandos, per talẽ formam intelligit, quæ sit diversa ab ea, quam assignat initio ejusdem Bullæ, ubi statuit, ut Census creari non possit, nisi in re immobili, aut quæ pro immobili habeatur, de sua natura fructifera, &c. Hæc enim sunt, quæ constituunt formã, cum ad constitutionem Census simpliciter postulentur, dicente Pontifice, Censum absque illis creari non posse. Quod verò non apponantur pacta, quæ postea in eadem Bulla reprobantur, ad formam non pertinent, cùm Pontifex non dicat, ut sit irritus contractus, in quo talia pacta fuerint apposita, sed tantummodò illa irritet, si apponantur. Quam eandem sententiam considerando in particulari pacta principalia à Pio V. prohibita, tuetur in singulis Leotard. *eodem lib. de usur. q. 64. n. 5. & 37. & q. 65. n. 28. & q. 66. n. 21. & q. 67. n. 8. & 13. & q. 68. n. 8. & 15. & 30.*

Contrariam sententiam sequuntur Valasc. *consult. 133. sub n. 2. juncto num. 16.* Molina *disp. 392. num. 2.* Filiuc. *tract. 35. p. 2. cap. 3. in fine*, Ioannes de Salas *tract. de Censibus, dub. 12. num. 7.* Boninsignius *de Censibus, cap. 17.* Virgin. *p. 3. num. 56. & 59.* Lancel. *super Bullam Pij V. gloss. 32.* Molfel. *tract. 12. cap. 6. num. 114.* Bonac. *de contract. disp. 3. q. 4. num. 43.* & alij apud Leotard. *d. q. 62. n. 4.* Probant, quia cùm Pius V. absolutè asserat, se judicare fæneratitios contractus sub alia forma post Bullæ publicationem celebrandos, satis apertè significat mentem suam esse, ut habeantur fæneratitij, & nulli contractus censuales, in quibus aliquid fuerit appositum contra dispositionem Bullæ, atque adeò si appositum fuerit aliquod pactum in ea reprobatum, non solùm ipsum pactum, sed totum contractum reijciendum esse, tanquam usurarium, & nullum. Hoc tamen fundamentum facilè refellitur ultima ratione prioris sententiæ; qua sufficienter probatur ad formam constitutam in Bulla pro cõtractu censuali non pertinere, ut non 73

apponantur in eo pacta, quæ in eadem Bulla reprobantur, & perconsequens posse stare valorē talis contractus, quāvis ea pacta illi adjiciantur. Quamobrē priorem sententiam judico probabiliorem, quam licet aliqui limitent apud Leotard. *d. q.* 62. *n.* 10. ut non procedat quādo aliquod ex illis pactis mandatum esset executioni ad instantiam emptoris Census; vel quando is talibus pactis vellet uti; quasi exinde consurgat præsumptio usuræ in ipso contractu principali: attamen credo has limitationes ad summum posse habere locum in foro externo pro punienda culpa in illis casibus admissa.

74 Tertia quæstio est, utrùm contractus censualis celebratus contra formam præscriptam in Bulla Pij V. non solùm evadat irritus pro foro externo, sed etiam pro interno, quāvis nihil, quod jure naturali ad ejus valorem necessariū sit, in illo desideretur? Affirmat Mol. *disp.* 390. *n.* 2. *in fine* Filiuc. *tract.* 35. *p.* 2. *c.* 3. *sub n.* 307. *§. ex tribus, & n.* 315. Salon. Bartholom. Medin. Lud. Lop. & alij apud eundem Filiuciū. *n.* 306. *&* 312. Molfes. Ant. Merend. Scortia, & alij, quos citat, & sequitur Leotard. *de usur. q.* 44. *fine*. Pro eadem sententia stat ex parte Azor *p.* 3. *lib.* 10. *c.* 29. *q.* 2. ubi asserit omnes conditiones Bullæ vim, & locum habere, non solùm in judicio, sed etiam secundum conscientiam, illa tantūmodò excepta, ut contractus celebretur coram testibus, & tabellione, & per scripturam ipsius tabellionis, & aliorum manuscriptam. Hanc enim tantum conditionē spectare credit ad solemnem formā juris scripti, quā varijs in locis docet, solū esse necessariā pro foro externo. Probant hi DD. suā sententiam, quia Pius V. in hac Bulla vetat tanquam fœneratitios contractus aliter celebratos, ad vitanda pericula peccandi, & tollendas fraudes, quibus magnam occasionem præbent cōtractus censuales sub alia forma creati: lex autem lata propter cavenda pericula, & tollendas alicujus mali occasiones, habet vim in utroque foro etiam quando actus circa quem versatur, nullum patitur defectū contra jus naturale, ut ex professo probant DD. in materia de legibus, & optimè Soares *lib.* 3. *de leg. c.* 23. *à n.* 6. *& lib.* 5. *c.* 24. *à n.* 4.

75 Opposita nihilominus sententia, quod scilicet valeant in foro conscientiæ contractus censuales absque conditionibus à Pio V. assignatis, si celebrentur cum ijs, quæ jure naturali requiruntur videtur verior, & cōmunior. Eam sequuntur Navarr. *in cōment. de usur. n.* 88. *vers. est autem, & n.* 106. *fine, alijsque in locis*, Valentia *tomo* 3. *disp.* 5. *q.* 2. *punct.* 2. *§. penult.* Sà *verb. Census, n.* 3. Reginal. *lib.* 25. *n.* 415. Emman. Rodrig. Leonel. Lælius Zech. & Canis. apud Leotard. *loco cit.* Eandem sententiam tenere videtur Less. *lib.* 2. *c.* 22. *dubit.* 12. *n.* 81. & Boninsign. quem ibi citat, dum asserunt, non requiri pro foro conscientiæ, ut contractus censualis fiat numerato, & accepto pretio, tempore contractus, sed satis esse anticipatam solutionem; ut si venditor velit in pretium computare debitum aliquod, quod emptori debet: imò neque pro foro externo hanc conditionem requiri, si per testes, vel alia ratione probetur, mutuum præcedens, vel rem aliam pretio æstimabilem loco pretij fuisse datam: tenent etiam Salazar; & Fr. Joannes Garcia, quos citat & sequitur Gutterres *lib.* 2. *quæst. pract. q.* 176. *n.* 2. Favent eidem principali sententiæ Molina *disp.* 392. *n.* 2. *fine*, Salas *de Censib. dub.* 12. *n.* 7. *vers. illud autem*, & Salon. quem refert Bonac. *disp. de contract. q.* 4. *punct.* *unic. sub num.* 45. *vers. aliqui Doctores*, dum asserunt, contractum censualem celebratum sub alia forma à constituta per Pium V. non esse nullum in foro conscientiæ ante sententiam judicis, si careat vitio contra jus naturale, & posse licitè in eo perseverari, ac retineri pensiones, quin oporteat eas in sortem computari. Denique eandem prin-

principalem sententiam probabilem censent Filiuc. *d. c.* 3. *n.* 307. *&* 313. & Bonacina *d. punct. unico, vers. penult.*

76 Fundamentum hujus sententiæ est, quia Constitutio Pij V. quatenùs vetat contractus sub alia forma celebrandos, tota fundatur in præsumptione, qua præsumit, & judicat tales contractus esse usurarios, & injustitiæ plenos, ut satis apertè significat illis verbis: *contractus sub alia forma celebrandos fæneratitios judicamus.* Lex autem fundata in præsumptione locum non habet in foro conscientiæ, quando veritas in contrarium stat, ut sumitur ex *cap. is, qui, & cap. tua, de sponsalibus*, & tenet cōmunis Doctorum, quos latè refert Soar. *d. lib.* 3. *de leg. c.* 23. *n.* 1. & sequitur illos bene explicans *n.* 9. ubi rectè distinguit inter legem fundatā in præsumptione facti, ut fraudis, & injustitiæ in aliquo actu admissæ, & fundatā in periculo alicujus mali perpetrandi: ac de prima fatetur non obligare, quā do præsumptio re ipsa non subsistit; quia cessante veritate præsumptionis, deficit fundamentum legis. de secunda verò negat cessare illius obligationem, quando in particulari casu periculum cessat, quia semper stat actum prohibitum esse de se periculosum, & occasionem præbere mali perpetrandi. Cùm ergo Constitutio Pij V. fundetur in præsumptione fraudis, & usuræ admissæ in contractu censuali sub alia forma celebrato, ut probatum est, consequens est, ut non obliget, nec irritet contractum, quando nullum in eo est vitium contra jus naturale; quod verū est, licet demus fundari etiam dictam Constitutionem in periculo miscendi fraudes, & usuras in illis contractibus: nam, ut bene notat Soares *d. n.* 9. *post medium*, quando non tantum periculū, sed etiam ipsamet præsumpta injustitia facti, est fundamentum legis, cessante veritate talis facti, seu injustitiæ in eo odmissæ, legis quoque obligatio cessat. Et hinc manet solutum fundamentum contrariæ sententiæ.

Dices. Si hoc verum est sequitur neque in foro externo cēsendos esse irritos ex vi dictæ Constitutionis Pij V. contractus sub alia forma celebratos, quando in illo foro constiterit, eos non habere defectum contra jus naturale quia lex præsumptiva in foro etiā externo cessat, quando in eo constat de veritate in contrariū: cōsequens autē cōmuniter non admittitur. Respondeo aliquos DD. sequelam nō improbabiliter admittere. Ita enim sentiunt Salazar, & Fr. Joan. Garc. apud Gutter. *d. q.* 176. *n.* 2. qui in eadem est sententia, addens se audivisse ita practicari in regali Cancellaria Pinciana. Dicendum nihilominus semper in foro externo judicandos esse fæneratitios, & irritos tales cōtractus: quia eo ipso quod celebrati sint contra formā dictæ constitutionis præsumuntur usurarij præsumptione, quā appellant, *juris, & de jure*, ut sup. notavimus *n.* 71. *fine*, ex Molina *disp.* 392. *n.* 1. Contra hujusmodi autem præsumptionem nemo auditur in judicio; æquivalet enim plenæ probationi, & ita excludit omnem probationem in contrariū, qua possit constare de veritate contraria. Addo præterea, Piū V. constituere formā contractuū censualium, dicendo non posse ullo modo creari Censum, nisi in re immobili, &c. Ubi verbum, *non posse*, eam saltem vim habet, ut tollat potestatem faciendi cōtractum validum pro foro externo, seu ex quo oriatur obligatio civilis. 77

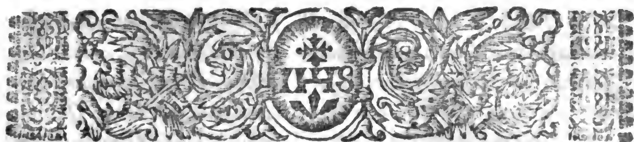
78 Ex dictis colliges, dictam Constitutionem Pij V. non obligare in consciētia ad non celebrandum sub alia forma contractum censualem, in quo nihil interveniat contra jus naturale, ut bene docent Navar. *d. n.* 88. *vers. est autem*, Valent. *d.* §. *penul.* & alij: quia lex præsumptiva, qualis est illa Constitutio nō obligat in foro conscientiæ, quādo veritas præsumptioni non subest. Solum enim intendit impedire actū, quē præsumit malū. Unde si actus re vera malus

lus non est; nihil circa illum operatur in eo foro, ubi de bonitate illius constat. Imò verò addo, licet dicta Constitutio præsumptiva non esset, sed tantum dispositiva, adhuc non obligare in conscientia ad servandam formam contractus, quam præscribit, juxta quandam regulam, quam ex Bartholo, & alijs tradunt & approbant Vasq. *1. 2. tom. 2. disp. 171. c. 3. n. 13.* Sanch. *tomo 1. in Decalog. lib. 2. c. 22. n. 59.* & Soar. *lib. 5. de leg. c. 20. n. 12. & tomo 2. de Religione, lib. 2. de juram. c. 20. n. 11. & tract. de fide, disp. 22. sect. 4. n. 4.* asserentes, quando lex præscribens formam alicujus actus non dirigitur immediatè in personas, sed in ipsum actum, qualificando, & annullando illum ut quando legislator diceret: *Volumus ut deinceps non valeat talis actus, nisi fiat coram Notario, & cæt.* Tunc nullam, per se, ac regulariter loquendo esse culpam, actum sine tali forma efficere. Quam regulam nos etiam tradidimus, & ex professo probavimus, ac declaravimus *in tract. de contract. in genere, disp. 3. sect. 7. in 3. difficultate.* Hoc autem modo præscribitur forma contractus censualis in Constitutione Pij V. ut eam legenti constabit: ergo, &c.

79 Quarta quæstio est, utrùm celebrans contractum censualem, non servata forma dictæ Bullæ, incurrat aliquam pœnam? Respondetur, cùm Pius V. in ea Constitutione pronunciet usurarios contractus censuales sub alia forma celebratos, eo ipso subjicere pœnis usurariorum contrahentes, qui eos aliter celebraverint. Prætereà verò eosdem contrahentes damnat ad amittendū fisco, quidquid contra mandata in ea Bulla fuerit datum, remissum, aut demissum; conceditque fisco jus id vendicandi, in quascumque manus deveniat. Cæterum cùm Pontifex has pœnas decernat ob præsumptionem, qua præsumit celebrantes aliter contractus censuales, in fraudem usurarum id efficere, minimè tales pœnas incurrent, qui citra usuram eos sub alia forma celebraverint: cum cessante veritate præsumptionis, cesset etiam lex, & pœna, quæ in ea fundatur, ut sæpè monuimus. Quòd si stemus in eorum sententia, qui tenent dictam Constitutionem non fundari in illa præsumptione, sed simpliciter, & absolutè, ad tollendas fraudandi occasiones, prohibere, ac punire illis pœnis celebrationem quorumvis contractuum censualium sub alia forma, etiam si aliàs essent liciti; Dicendium est incurrere quidem illas pœnas, quicumque ejusmodi contractus sub alia forma celebraverint, etiam seclusa quavis fraude, & usura in re ipsa: at non incurrere illas in foro conscientiæ ante judicis sententiam; ex regula generali, quod leges pœnales ante sententiam non obligant, quæ regula maximè procedit in ejusmodi pœnis temporalibus.

Illud denique circa dictam Bullam 80
Pij V. sciendum, eam multis in locis non esse receptam. Eam enim non esse usu receptam, nec obligare, in regnis Hispaniæ, testatur Solis *lib. 1. de Censibus, c. 9. n. 2. alijsque in locis.* Et de Belgio, & quibusdā alijs provincijs id testatur Less. *lib. 2. c. 22. dubit. 13. n. 99.* In aliquibus etiam non est recepta quo ad omnes conditiones, maximè autem quo ad illam, ut fiat numeratio pecuniæ coram Notario, & testibus, quam conditionem credo non esse in usu in hoc regno Lusitaniæ. Itaque unusquisque, quando res postulabit, suæ patriæ usum consulere debet. Et hæc satis pro prima parte de Censu.

SECUNDA



SECUNDA PARS DE EMPHYTEVSI.

De hoc contractu, prout hîc à nobis explicandus suscipitur, est in jure civili unicus titulus lib. 4. Cod. sub rubric. De jure emphyteutico, cui per aliquam analogiam consonat titulus. Si ager vectigalis, vel emphyteuticus petatur, qui habetur lib. 6. ff. Et non nihil de eodem attingitur in §. adeo, Inst. de locat. Quibus in locis de illo agunt juris civilis interpretes. Canonistæ autem tractant de Emphyteusi, in cap. Potuit, de locato, & conducto. Summistæ omnes sub verbo. Emphyteusis. Agunt etiam hac de re latè, & eruditè Speculator p. 3. lib. 4. ex §. nunc aliqua, Julius Clarus lib. 4. recept. sent. §. Emphyteusis, Alvar. Valuscus integro tomo de jure emphyteutico, qui est primus ex quatuor, quos de hac meteria moliebatur, Franciscus Caldas Pereira quinque tomis, seu partibus, Molina Theologus tomo 2. de just. à disp. 444. usque ad disput. 484. Rebel 2. p. de obligat. just. lib. 13. Azor p. 3. in 3. p. lib. 10. & cæteri fere Theologi, qui agunt de contractibus. Multa etiam sparsim tradit de Emphyteusi Antonius à Gama in sua prima parte decisionum, quam solam edidit.

Horum nos vestigijs insistentes, præsentem tractationem hoc ordine persequemur. Primò dicemus de natura, & multiplici divisione Emphyteusis. Secũdò, de rebus, quæ possunt dari in Emphyteusim.

Ter-

Tertiò, de melioramentis, incrementis, & servitutibus, quæ rei emphyteuticæ accedunt. Quartò de subjectione, & obligationibus, quibus Emphyteuta respectu domini directi adstringitur. Vbi de pensione, laudemio, cæterisq; oneribus, quæ Emphyteuta præstari debent. Quintò, de successione in Emphyteusim. Sextò, de nominatione ad Emphyteusim. Septimò, de renovatione Emphyteusis. Octavò, & ultimo, de extinctione Emphyteusis ob culpam commissi, vel alijs de causis.

DISPVTATIO PRIMA.

De natura, & partitione Emphyteusis.

SECTIO PRIMA.

Nomen, origo, & definitio Emphyteusis.

SUMMARIUM.

Nomen Emphyteusis unde desumptum? num. 1.

De ratione contractus Emphyteutici non est, ut res, quæ in Emphyteusim datur, sit inculta, & infructuosa. ibid.

Contractus Emphyteuticus non jure gentium, sed civili Romanorum fuit introductus. n. 2.

Cœpit hic contractus in publicis fundis, & cur? ibidem.

Traditur, & particulatim explicatur definitio Emphyteusis. n. 3. & seqq.

Et non nihil ei additur. n. 10.

Contractus Emphyteuticus solùm esse potest de rebus immobilibus. n. 3.

In quo feudum, & Emphyteusis differant? n. 4.

Pensio Emphyteutica in quavis re, & in quavis quantitate constitui potest: solet autẽ constitui in re, vel quantitate modica. ibid.

Contractus Emphyteuticus non oportet quod sit perpetuus. n. 5.

Quando reperitur Emphyteusis constituta indefinite, quin constet fuisse concessam ad vitã alicujus, vel ad certas generationes, debet censeri perpetua, nisi sit Ecclesiastica, vel in hoc regno Lusitaniæ. ibid.

An Emphyteusis differat à locatione facta ad longum tempus, id est, ad decenium, aut ultra? Ponitur ratio dubitandi pro parte negativa. n. 6.

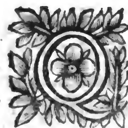
Hanc partem sequuntur, & probant aliqui Doctores. n. 7.

Præfertur tamen pars affirmativa. numero 8.

Assignantur, & excluduntur quædam differentiæ horum contractuum. n. 9.

Quæ sit germana differentia? n. 10.

Contractus Emphyteuticus est nominatus, & stricti juris. n. 11.



Uanvis nonnulli ex antiquis jurisperitis existimaverint vocabulũ, *Emphyteusis*, dirivatũ esse ab *Emponemate* (quod Græcis est idem, quod apud nos melioratio) eo quod hic contractus primùm inventus sit, ut vel res, quæ emphyteuticatur, vel ipse emphyteuticans melioris conditionis redderetur: attamen pro cõperto hodie habetur, sumptũ esse hoc nomen à verbo Græco *Emphyteuo*, quod apud Latinos significat *implantare, inserere, germina ponere*, ita ut *Emphyteusis* sit idẽ quod implantatio, 1

& dari

& dari aliquid in Emphyteusim, idem quod dari ad plantationem, seu cultum: propterea que fuisse usurpatum ad hunc contractum significandum, quod à principio solæ res incultæ sub legibus huius contractus dari consueverint, ut cultu, & industria accipientis exercerentur, frugiferæque evaderent. Ita cum Alciato, & alijs. Valascus *tract. de jure emphyteutico, quæst.* 2. *num.* 3. Molina *tomo* 2. *disputat.* 444. *num.* 1. & Recentiores communiter. Hinc tamen non intelligas de ratione contractus Emphyteutici esse, ut res, quæ sub eo traditur, & suscipitur, sit inculta, & infructuosa, ut quidam male existimarunt. Contrarium quippe habet usus, & communis sententia, quam bene confirmat Valascus *supra num.* 5. ex eo quod Justinianus *in* §. *adeo, Inst. de locatione, & in l.* 2. *& finali, Cod. de jure emphyteutico*, & Zeno *in l.* 1. *Cod. eodem titulo*, hunc contractum, ejusque leges approbaverit nulla facta mentione rei incultæ, & infrugiferæ. Neque opus est, ut in naturam contractus transierit, quod occasionem præbuit illum introducendi, eique nomen dedit.

2 Pro origine Emphyteusis multa scribit Valasc. *in d. tract. de jure emphyt. q.* 3. *per totam.* Breviter tamen ex communi sententia, quam idem Author *num.* 7. refert, & sequitur, dicendum est, hunc contractum non esse inventum juris gentium, cùm constet apud quamplures nationes hactenus esse ignotum; sed inventum, & introductum esse jure civili Romanorum, apud quos cùm primum Emphyteuses quasi informes cæperint esse in usu, tandem Zeno Imperator constitutione illa, quæ habetur *l.* 1. *Cod. de jure emphyt.* hunc contractum Græco vocabulo *Emphyteusim* nominavit, & propriam ei naturam, ac speciem assignavit. Credit autem Azor *p.* 3. *lib.* 10. *cap.* 1. *de emphyt. q.* 3. cæpisse hunc contractum in publicis fundis, & agris, quod res communes negligentius tractari soleant, citiusque intereant, propterea que cæpisse fundos illos dari colonis in Emphyteusim, ut eos diligentius colerent, & vel meliores efficerent, vel integros conservarent: posteà verò privatos etiam homines maximè verò opulentiores dare similiter cæpisse sua prædia in Emphyteusim, ut arandi, seminandi, & colligendi fructus gravem curam, & solicitudinem deponerent. Hæc tamen levia sunt, parumque interest, an sic, vel secùs, se res habeat.

His ergo utcumque delibatis, jam 3 ad definitionem Emphyteusis veniamus. Atque omissis alijs, quas, vel mutilas, vel minus aptas alij commenti sunt, illa videtur optima, quam in hunc modum concinnavit Molina *disputat.* 445. *num.* 1. *Emphyteusis est contractus, quo res immobilis, quo ad utile dominium alicui conceditur, sub reali pensione, statutis temporibus, domino proprietatis ea de causa solvenda.* Loco generis ponitur, *contractus*, cætera loco differentiæ. Particula, *quo res immobilis*, addita est, quod contractus emphyteuticus solùm esse possit de rebus immobilibus, ut colligitur *ex l.* 2. *Cod. de jure emphyteutico*, ibi, *prædijs, & emphyteuticarijs*, & ex §. *adeo, Instit. de locatione*, ibi, *ut ecce de prædijs*, estque communis Doctorum sententia, quam multis relatis tradit Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 1. *numer.* 4. & latius *quæst.* 12. Subditur, *quo ad utile dominium*, ad differentiam locationis, quod per hanc nullum dominium transferri soleat, neque utile, neque directum, *l. non solet, ff. locati*: per contractum autem emphyteuticum utile dominium transferatur, *l.* 1. *&* 2. *ff. si ager vectigalis, vel emphyteuticus petatur.*

Additur, *sub reali pensione*, ad differentiam feudi, ex quo personale 4 tantùm servitium, & fidelitas debetur, *Cap.* 1. §. *imprimis, in quibus causis feudum*

feudum amittatur: quod si aliquod reperiatur feudum, ex quo aliquid etiam reale solvatur, proprium, ac simplex feudum non est, sed habet aliquid de Emphyteusi admixtum. Non est dictum, sub pensione solvenda in pecunia, vel alia re, neque in parva, aut magna quantitate, quia nihil horum determinatè est de necessitate hujus contractus, ut bene probant Valascus *dicta quæst.* 1. *num.* 7. *&* 8. & Molina *dicta disput.* 445. *sub numero* 1. Advertit autem Valascus *numero* 9. ex Baldo, & alijs, si contigerit dubitari, an res aliqua fuerit tantùm locata, vel concessa in Emphyteusim? multum conferre ad præsumendam potius Emphyteusim, si pensio sit modica, ac minime fructibus correspondens: non quod modicitas pensionis pertineat ad substantiam illius, sed quòd ita plerumque habeat communis usus, ut in Emphyteusi solvatur modica pensio, non ita verò in locatione.

5 Dicitur tandem, *statutis temporibus, & cæt.* non addendo in perpetuum, vel usque ad certum terminum; quia licet hic contractus juxta primævam sui institutionem perpetuus sit, ut colligitur ex *dicto* §. *adeo*, *Inst. de locatione*, ibi, *de prædijs, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur*, & *ex leg.* 1. *ff. si ager vectigalis, vel emphyteuticus petatur*, ubi Baldus, & Angelus, & ex *leg. quicumque* 1. *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, traditque, relatis aliis, Valascus *dicta quæst.* 1. *num.* 12. & Molina *supra num.* 2. quibus accedit regula textus *in lege, finali, Cod. de legatis*, quòd omnis contractus, ex quo transfertur dominium censetur esse perpetuus, nisi aliud contrahentes egerint: attamen potest res concedi in Emphyteusim solùm ad vitam ejus, cui conceditur, vel ad duas, aut tres vitas, seu generationes (appellamus enim generationem, vitam uniuscujusque Emphyteutæ.) Nec propterea desinet esse vera, & propria Emphyteusis, ut omnes communiter agnoscunt, & patet ex praxi ubique recepta, Cùm autem hic contractus juxta suam primævam institutionem perpetuus sit, collìgit bene cum alijs Valascus *dicto numero*, 12. & post eum Molina *dicto numero* 2. quod quando Emphyteusis reperitur constituta indefinitè, quin constet fuisse concessam ad vitam alicujus, vel certas generationes, censeri debet perpetua, nisi sit Emphyteusis Ecclesiastica; quæ in dubio censebitur solùm concessa ad tres vitas, ut etiam tradit Covarr. *lib.* 2. *Variar. resol. cap.* 17. *num.* 16. & Petrus Barbosa *in leg.* 2. *Cod. de præscriptione triginta, vel quadraginta annorum, num.* 225. ubi plures refert, eo quod prohibitum sit res Ecclesiasticas concedi ultra tres generationes; ut constat ex *Authentica de non alienandis, aut permutandis rebus Ecclesiasticis*, §. *Emphyteusim, collat.* 2. Unde idem credit Valascus de Emphyteusi sæculari in hoc regno Lusitaniæ, ubi Emphyteusis non solet concedi ultra tertiam generationem: & hac in re standum est consuetudini regionis, ut etiam cum alijs advertit Barbosa *sup. n.* 227.

Ex tradita definitione sic breviter explicata, facilè colligitur, quomodò, & in quibus Emphyteusis differat, non solùm à locatione, & feudo, quorum differentiam jam attigimus; sed etiam à cæteris contractibus, ut emptione, & venditione, commodato, deposito, & cæt. in quibus, vel nullum rei dominium transfertur, vel transfertur etiam directum, nec pensio aliqua imponitur. Illud tamen hac in re difficultate non caret: an scilicet Emphyteusis differat à locatione, quæ fit ad longum tempus; id est, ad decennium, aut ultra? Et ratio dubitadi pro parte negativa est, quia per locationem ad longum tempus transfertur in conductorem utile dominium rei locatæ 6

ex

ex communi sententia, quam relatis alijs sequuntur Molina *de primogenijs, lib.* 1. *cap.* 21. *num.* 16. Covar. 2. *variarum, resolut. cap.* 16. *num.* 1. Valasc. *quæst.* 29. *de jure Emphyteutico, num.* 1. quamvis numero ultimo illius fundamenta convellere tentet, & contrariæ plurimum faveat, & Molina Theologus *tomo* 2. *de just. disp.* 445. *num.* 4. Sumitur ex varijs textibus, ac præcipuè ex *l.* 1. *§. quod autem, ff. de superficiebus*, ibi, *& sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit.* Et habetur expresse *lib.* 3. *Ordinat. Lusitanarum tit.* 47. *in principio.* Locationi autem, ex qua utile dominium transfertur, competit per omnia tradita definitio Emphyteusis, ut consideranti patebit: ergo ab Emphyteusi non differt.

7 In hac difficultate Molina Theologus *dicta disp.* 445. *num.* 6. cum Fabro, Alexandro, Socino, Felino, & alijs, quos refert Valascus infra citandus, existimat eo ipso quod in jure constitutum est, ut per locationem ad longum tempus transferretur dominium utile, æquiparatam fuisse talem locationem Emphyteusi quo ad omnem effectum, & quo ad contractûs naturam, ita ut re ipsa non differant. Et idem videtur sentire Caldas Pereira *de renovatione Emphyteusis, quæst.* 16. *num.* 8. dum ait, locationem ad longum tempus æquiparari omninò Emphyteusi, & propterea dari in illa commissum propter non solutam mercedem, juxta Felinum, & alios, quos refert *dicto num.* 8. Unde etiam *tract. de extinct. Emphyt. cap.* 1. *num.* 18. referens alios, ait, parum, aut nihil in effectu differre locationem ad longum tempus ab Emphyteutica concessione. Consonat Molina Juristita, *lib.* 1. *de primogenijs, cap.* 21. *num.* 21. dicens conductorem ad longum tempus æquiparari Emphyteutæ. Pro hac sententia credunt Mol. Theolog. & Cald. *locis cit.* stare jus Lusitanum, *lib.* 4. *tit.* 38. *in princip. & tit.* 39. *etiam in princ,* ubi habetur Emphyteutam, qui recipit rem in Emphyteusim perpetuam, vel ad certas personas, aut ad tempus decem annorum, vel ultra, sub obligatione certæ pensionis domino solvendæ, amittere jus in tali re acquisitum, si eam alienet irrequisito domino, aut pensionem illi non solvat tribus annis continuis. Quibus locis nomine, *Emphyteusis*, dicunt intelligi etiam locationem ad longum tempus: idque confirmant ex eodem *lib.* 4. *tit.* 48. *§.* 8. ibi, *Havera tambem lugar nos bens emprazados, ou arrendados, se o arrendamento for de dez annos, & dahi pera cima.* Et ex *lib.* 3. *tit.* 47. *in principio*, ibi, *Bens de foro, ou arrendamento feito pera sempre, ou a tempo certo, sendo o arrendamento de dez annos, ou dahi pera cima.* Novissimè pro hac ipsa opinione stat Fragosus *tomo* 3. *lib.* 6. *disp.* 9. *§.* 1. *n.* 4.

Magis nihilominus placet sententia Valasci, *quæst.* 29. *de jure Emphyteutico, num.* 19. ubi cum Jasone, Aretino, Joanne Andrea, Baldo, & alijs tenet, ac receptius esse dicit, locationem ad longum tempus esse diversum contractum ab Emphyteusi, non solùm nomine, sed re ipsa, & in effectu. Quod probat ex *Authentica qui, rem, Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, ibi, *conductam, vel in Emphyteusim acceptam;* ubi hæc duo tanquam diversa ponuntur: alioqui, cur diversis nominibus nuncuparentur? Et simile argumentum sumi potest ex ultimis duobus locis juris Lusitani proximè pro contraria sententia allegatis. Item optimum textum ad hoc esse affirmat *in l. viam veritatis, Cod. de locato*, ubi locatio ad longum tempus inter proprias locationes numeratur, atque adeò tanquã cõtractus ab Emphyteusi distinctus: Quod etiam plane fatetur Cald. *d. c.* 1. *de extinct. n.* 18. & Frag. sibi contrarius *d. tom.* 3. *disp.* 10. *§.* 1. *sub num.* 14. *vers. unde* 8

unde constat ad med. ubi consequenter resolvit, quod de jure communi non incidit in commissum locator ad longum tempus rem alienans inconsulto domino, aut pensionem non solvens, quanvis oppositum sentiat de jure Lusitano, male ut mihi quidem videtur intellecto. Cæterum cum hi contractus sint valde similes, & sæpe reperiantur æquiparati, eademque æquiparatorum sit disciplina. *l. quin aque, ff. de rebus eorum, qui sub tutela*, addit bene Valasc. *sup.* Idem de utroque judicandum esse, ubi eadem fuerit ratio; aliàs vero, secus. Quam regulam affirmat esse Decij, Tiraqueli, Fulgosi, & aliorum, quos refert. Et hinc nonnulla subdit consectaria pro quibusdam eventibus, in quibus conductor ad longum tempus Emphyteutæ æquiparatur, illum legito. Videri etiam potest Cald. *d. q. 16. de renovat. n. 16.* ubi refert multos asserentes, quamvis Emphyteuta incidat in commissum, si rem emphyteuticet absque domini consensu, non tamen incidere, si rem locet ad longum tempus.

9 Si autem quæras, in quonam formaliter, ac per se hi contractus differant? Variè respondent hujus sententiæ Authores; quidam enim hanc differentiam in eo ponunt, quod pro Emphyteusi solvitur modica pensio: pro locatione autem ad longũ tempus solvitur magna, & respondens fructibus rei. Ita sentiunt Bald. Decius, Matthæus de Afflictis, & alij apud Valasc. *d. n. 19.* Consentit Barth. *in l. 1. num. 4. Cod. de jure emphyteutico*, ubi ex hac differentia diversam rationem assignat, cur pereunte ex parte re emphyteutica, non minuitur pensio, ut habetur *in d. l. 1.* pereunte autem similiter re locata, pensio pro rata minuenda est. Verum hanc differentiã supra exclusimus, quia nullo jure probatur solvendam esse modicam pẽsionem pro Emphyteusi, ut affirmat Valasc. *q. 1. de jur. emphyt. n. 8.* nec praxis id semper observat. Alij differentiam constituunt in eo, quod per contractum emphyteuticum obligatur Emphyteuta ad meliorandam rem, & sub eo prætextu illam accipit: per locationem autem, & conductionem ad longum tempus non obligatur conductor ad meliorandum, nec eo prætextu recipit. Sic docet Paulus *in l. colonus, in fin. ff. locati*: At hæc etiam non est legitima differentia, quia licet res dari olim cæperint in emphyteusim, ut cultu, & industria Emphyteutæ meliores redderentur, ea non fuit causa finalis talis contractus, sed tantum impulsiva, qua cessante, non evanescit contractus, nec ejus natura destruitur, ut usus, & praxis indicavit, teste Valasco *q. 2. de jure empyt. n. 5.* ubi inde colligit meliorationem rei emphyteuticæ ad specificam differentiam hujus contractus non spectare.

His igitur, & alijs differentijs omissis, quas alij assignant, in eo constituenda videtur legitima differentia, qua 10 Emphyteusis à locatione ad longum tempus descriminatur, quod in Emphyteusi non datur pensio pro mercede, sed pro recognitione dominij directi, ut tradunt Barthol. *in d. l. 1. C. de jure emphyteut, n. 2.* Bald. *n. 7.* Jacobinus Ferretus, & omnes, cum quibus Valasc. *q. 1. de jure emphyteut, num. 15.* In locatione autem datur principaliter pro mercede. *l. si quis ante, ff. de acquirend. possessione, l. 2. ff. locati, Inst. de locatione, in princip. & l. mercedes, ff. de petitione hæreditatis*, quod intelligitur, etiam si sit locatio ad longum tempus, ut idem Valascus advertit. Quam differentiam agnoscit etiam Ruinus *cons. 57. n. 10. lib. 1.* ubi ait in hoc differre hos contractus, quòd in Emphyteusi datur pensio ad recognitionem dominij; in locatione autem ad longum tempus, non nisi pro fructibus, & illis correspondens; idemque tenet Brittus *in rubrica de locato, & conducto, parte 1. §. 1. num. 21. & in cap. potuit, §. 5. num. 2. eodem tit.* Et hinc ad rationem dubitandi supra positam dicendum, traditam definitionem

tionem Emphyteusis non esse accipiendam, ut sonat, nihil aliud addendo, aut subintelligendo (sic enim fatemur etiam locationi ad longum tempus convenire) sed subintelligendam, aut certè addendam illi esse in fine clausulam, *in recognitionem dominij*, quam Valascus *in definitione à se tradita*, addit: Molina verò Theologus consulto omisit, quia sententiæ nullam agnoscenti differentiam inter Emphyteusim, & locationem ad longum tempus, quam ipse sequitur, non congruebat.

11 Ex dictis colliges contractum emphyteuticum esse nominatum, utpotè cui ius civile proprium, ac specificum nomen, *Emphyteusis*, tribuit: item esse stricti juris; nam cùm simpliciter differat à locatione, & cæteris contractibus, quæ bonæ fidei dicuntur, & à nobis commemorati sunt *disp. 1. de contractibus in genere, sect. 2. vers. qui autem*, consequens est esse stricti juris. Et ita docent Valascus *de jure Emphyteutico, quæst. 5. & 6.* Molin. *disput. 447. num. 2. & 3.* Azor *p. 3. lib. 10. tit. de Emphyteusi, q. 7. & 8.* cæterique communiter.

SECTIO SECUNDA.

An scriptura sit de necessitate contractus Emphyteutici: & quando oporteat eam ostendi ab Emphyteuta? ubi per occasionem de præscriptione, & præsumptione Emphyteusis.

SUMMARIUM.

Necessariam de jure esse scripturam in contractu Emphyteutico communis sententia affirmat. n. 12.

Oppositum tamen graves Doctores sentiunt: & quibus fundamentis. n. 13. & seq.

Prior communis sententia præfertur, ubi de contraria consuetudine non constiterit. n. 15.

In Emphyteusi Ecclesiastica necessaria est scriptura, non solùm ad probationem pro foro externo, sed etiam ad valorem, & substantiam, saltem in hoc regno Lusitaniæ. n. 16.

In Emphyteusi autem sæculari, solùm requiri ad probationem, verior sententia affirmat, saltem pro regno Lusitaniæ. num. 17.

In Emphyteusi Ecclesiastica licitè possunt contrahentes resilire ante confectam scripturam, secus in sæculari. n. 18.

Circa primam quæstionem in titulo sectionis propositam duæ sunt principales sententiæ. 12 Prima affirmat, necessarium esse de jure in contractu emphyteutico, ut publico instrumento, seu scriptura perficiatur. Hæc est simpliciter Doctorum communis, à qua in praxi recedendum non esse admonet Valascus *de jure emphyteutico, quæst. 7. sub numer. 2. §. Veruntamen*, illam tradit Acurt. *in §. adeo, v. nec ad locationem, in fin. Inst. de locat. & in leg. contrahitur, ff. de pigneribus, & in leg. pactum, quod bona fide 17. C. de pactis*, Antonius Gomes *tomo 2. variarum resolutionum, cap. 3. numero 16.* Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 4.* Caldas *de renovat. Emphyteusis, quæst. 2. num. 2. & quæst. 18. num. 36.* Molina *tomo 2. disp. 447. num. 4. & 5.* Cevallos *communi contra comm. lib. 1, q. 356.* Fachin. *controv. jur. lib. 1. cap. 84.* Bursat. *vol. 1. cons. 26. numer. 16.* Minsign. *in §. adeo, numer. 25. Inst. de locat.* Roland. à Valle *cons. 87. num. 9. vol. 1.* & multi alij, qui apud citatos videri possunt. Fundamentum sumitur ex varijs textibus indicantibus requiri scripturam in contractu emphyteutico, ut *l. 1. C. de jure Emphyteutico. ibi, pactionibus scriptura interveniente additis: & leg. 2. Cod. eodem titulo, ibi. Em-*

Emphyteuticis instrumentis; *& leg. ultima, Cod. eodem, ibi, Siquidem Emphyteuticum instrumentum aliquas pactiones habet.* Et paulò infra: *vel fortè instrumentum Emphyteuseos deperditum est.* Qui textus procedunt de Emphyteusi communi, seu profana, & saeculari. Pro Ecclesiastica verò idem habetur Auth. *de non alienandis*, §. *quod autem dictum est*, *ibi*, *Emphyteuticam conscriptionem*; & apertius; *Authentica, de alienatione, & Emphyteusi*, §. *Emphyteusis verò*, *vers. si non sint chartularij.* De qua etiam id expresse tradit Legislator Lusitanus, *lib. 4. Ordin. tit. 19. in principio.* ubi inter contractus, de quorum substantia est, ut perficiantur scriptura, Emphyteusis Ecclesiastica numeratur.

13 . Secunda sententia negat necessariam esse scripturam. Hanc tenuit Accursius sibi contrarius, *in leg. 1. Cod. de jure Emphyteut.* & multi, gravissimique Authores testantur esse consuetudine approbatam, & receptam. Hi sunt Bartholus *in d. l. 1. n. 6.* Angelus ibid. Speculator *de Emphyteusi*, *vers. quaeritur*, Panorm. *in cap. potuit, n. 7. de locato*, & ibi Anton. *n. 13.* Cursius junior *in d. l. pactum, n. 3. Cod. de pactis*, Gaspar Cabalin. *milleloq. 177.* Anast. Germon. *de sacror. immunit. lib. 3. c. 19. n. 120. cum pluribus seqq.* Steph. Fortaculus *in comment. feudor. c. 4. n. 14. & in necromantia juris, dialog. 19. n. 9.* ubi optime tuetur hanc opinionem, Ant. Scopp. *de jure non scripto*, *lib. 4. c. 22. n. 3.* & plures alij, quos refert Valascus *d. n. 2. vers. sed quamvis*, *& seq.* ubi ait, licet haec sententia numero Doctorum sit impar contrariae communi, authoritate tamen interpretum, & consuetudine graviorem esse, sibique olim legendo placuisse. Probatur primo; quia cum consuetudo sit optima legum interpres, *l. si de interpretatione, ff. de legib. cap. cum dillectus*, *de consuetudine*; & adeò graves DD. affirmant hanc sententiam esse consuetudine receptam, credendũ est non esse à jure alienam, sed magis illi conformem. Nam Doctoribus creditur testantibus de consuetudine circa interpretationem legis, Bartholus *in l. de quibus, n. 20. ff. de legibus.*

Secundo, quia pro hac sententia 14 stat generalis regula juris, quod in quibuscumque conventionibus, & actibus aequè testium, ac instrumentorum probatio sufficit, nec scriptura necessario postulatur *d. l. pactum*, ubi Barthol. & omnes id pro regula ponunt; *l. contrahitur, ff. de pignoribus*, *& l. in exercendis, C. de fide instrum.* ubi etiam id notant omnes: à regula autem juris recedendum non est, ubi in contrarium nihil cogens apparet, ut in praesenti: nam jura, quae pro contraria sententia afferuntur, & sunt totum ejus fundamentum, non convincunt: nam licet de scriptura mentionem faciant, ejus tamen necessitatem non imponunt; quia imprimis textus *in d. l. 1.* adductus non meminit scripturam circa ipsum principalem contractum, sed circa pactiones, quae Emphyteusi praeter ejus naturam adjiciantur. Et ita sentit ibi Accursius, & tradidit Sylvest. *verbo, Emphyteusis, n. 2. vers. quarto.* Alij verò textus enunciativè loquuntur, nec probant efficaciter necessitatem scripturae, sed tantùm utilitatem, ad faciliorem, & firmiorem probationem propter infirmam hominum memoriam, & publicam notarij fidem, ac maiorem etiam partium deliberationem, quae intervenit quando res per scripturam agitur.

His tamen non obstantibus recedendum non est à priori sententia, utpote communiori, & magis recepta. 15 Nec dubitandum eam esse magis juri conformem, cum incredibile sit toties in jure mentionem fieri instrumentorum Emphyteuticalium, nullibi autem probationis per testes; & tamen scripturam de necessitate Emphyteutici contractûs non esse. Ubi autem consuetudi-

suetudine fuerit receptum, ut hic contractus absque scriptura celebretur, tali consuetudini standum est, ut bene admonet Molina *disp.* 447. *n.* 5. Cardinal Paris. *in cons.* 77. *num.* 18. *&* 19. *vol.* 3. & Bursar. *cons.* 26. *n.* 16. *vol.* 1. cùm consuetudo præscripta (de hac enim loquimur) omnibus contrarijs legibus deroget. Cæterum talem consuetudinem non esse, multi affirmant contra Barthol, & alios supra relatos, quod argumento est, eam in plerisque locis non esse. Et quidem non esse in Lusitania, sed dictam communem sententiam in foro, & tribunalibus citra controversiam observari affirmat Caldas *d. q.* 2. *n.* 2. *de renovat. Emphyteusis*, multis Barb. *ad Ord. d. lib.* 4. *tit.* 19. *in princip. n.* 2. & idem credit Mol. *sup.* de regno Castellæ.

16 Adhuc verò stando in dicta communi sententia, dubium est, an scriptura sit de substantia contractûs Emphyteutici, ita ut ad illius valorem necessaria sit, an solùm requiratur ad ejus probationem pro foro externo? Qua in re quod ad Emphyteusim Ecclesiasticam attinet, tenendum est, saltem in hoc regno Lusitaniæ scripturam esse de ejus substantia, ut bene docent Caldas *d. q.* 18. *de renovat. Emphyt. num.* 36. Mol. *d. disp.* 447. *num.* 5. & Brittus *in c. potuit*, §. 1. *num.* 14. *de locato.* Id enim satis probat textus *in d. Authent. de alienat. & Emphyt.* §. *Emphyteusis verò, vers. si verò non sint chartularij*, & affirmat *l. regia*, *d. tit.* 19. *lib.* 4. Qua attenta, idem pro hoc regno docet Valasc. *d. q.* 7. *n.* 59. *&* 11. Quamvis de jure communi oppositum sentiat *d. n.* 9. Circa Emphyteusim autem sæcularem variè opinantur Doctores, Jason. *in dict. l.* 1. *C. de jure Emphyt.* Salicet. *in rubr. C. de fide instrum.* & alij passim, teste Valasco, *d. q.* 7. *n.* 3. dicunt scripturam pertinere ad illius substantiam. Idem stando in solo jure communi tradit Cald. *d. q.* 18. *n.* 36. & pro eadem parte credit Molina *d. disp.* 447. *num.* 5. stare dictam communem sententiam, quæ absolutè statuit scripturam esse de necessitate hujus contractus: idemque affirmat Gregorius Lop. *l.* 18. *tit.* 8. *partit.* 5. *verbo*, *Per scrito.*

Alij tamen sentiunt solùm postulari scripturam in Emphyteusi communi, seu sæculari, gratia probationis, 17 sicque dictam communem sententiam intelligi debere. Ita Valasc. *proximè citatus*, ubi pro eâdem opinione refert Joannem Andr. Imolam, Bald. & alios. Eandem tenet Brittus *sup.* & hæc sententia mihi maximè placet, cum regulare sit, ut in casibus, pro quibus de jure postulatur scriptura (ex quibus triginta quinque recensuit Glossa *in cap.* 1. §. *postquam*, *de Censib. in* 6.) solum exigatur ad probationem, non verò pro substantia actus, nisi lex exprimat, aut ipsi contrahentes egerint, quod non valeat actus, nisi fiat in scriptis, ut colligitur ex traditis per Baldum, *Authent. sed novo jure C. si certum petatur.* Maximè verò facit pro hac parte *Ord. Lusit. d. tit.* 19. *in princip.* ubi cum pro casibus, in quibus scriptura est de substantia, in exemplum attulerit Emphyteusim Ecclesiasticam, non verò sæcularem, apertè significavit, aliter quo ad hoc judicandum esse in Emphyteusi sæculari: alioqui, cur non potius exemplum in ea poneret, cùm propriè ad suum forum pertineat, non verò Ecclesiastica? ergo saltem pro regno Lusitaniæ negari non potest scripturam non esse de substantia Emphyteusis sæcularis, ut bene arguit Valasc. *sup. n.* 11. Et ita pro hoc regno fatendum esse docet Mol. *d. n.* 5. & videtur etiam tenere Caldas *de renovat. q.* 18. *num.* 36. *fine.*

Ex his colliges in Emphyteusi Ecclesiastica licitè posse partes à contractu resilire ante confectam scripturam, 18 saltem in hoc regno; secùs verò in Emphyteusi sæculari. Ratio est manifesta, quia cùm in Emphyteusi Ecclesiastica scriptura sit de substantia, & essen-

essentia contractus, non ita verò in sæculari, consequens est, ut in illa non obliget contractus ante scripturam, in hac verò maximè; ac proinde in Ecclesiastica licitum sit à contractu resilire ante confectum instrumentum, secùs verò in sæculari. Valascus *supra num.* 9. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 2. *num.* 22.

An oporteat ostendi instrumentum Emphyteuticum, ut quis se tueri possit in possessione Emphyteusis?

§. I.

SUMMARIUM.

Emphyteuta tenetur ostendere instrumenta, & titulos Emphyteusis domino directo id exigenti. n. 19.

Instrumenta confecta in utilitatem plurium sunt illis communia, & debent edi quovis eorum id postulante. n. 20.

Unus ex casibus, in quibus deficit regula generalis, quod reus non tenetur edere instrumenta, est quando actor habet suam intentionem fundatam. ibidem.

Fisco, & Ecclesia ex peculiari privilegio sunt ab adversario edenda instrumenta, si aliunde suam intentionem probare non possint. ibidem.

Reus negans se esse emphyteutam ejus, qui petit editionem instrumentorum, non cogitur eorum copiam illi facere. num. 21.

At si dominus eum de falsitate convincat, amittitur Emphyteusis. ibidem.

Et idem est, si Emphyteuta solùm neget Emphyteusim esse temporalem, affirmando esse perpetuam, & à domino de falsitate convincatur. Imò hoc ipso, quod neget se habere instrumentum emphyteuticum, potest in cõtinenti expelli, nisi præscriptione, aut præsumptione ex longo temporis cursu se tueatur, ibidem.

Emphyteuta non tenetur edere instrumentum emphyteuticum domino id petenti, nisi dominus prius juret de calumnia. num. 22.

Emphyteuta allegans, & jurans amissum esse instrumentum emphyteuticum, admittitur ad probandum per testes tenorem instrumenti: & si illum probet, idem prorsus consequitur, quod consequeretur ostenso originali. n. 23.

Quæ conditiones requirantur ad plenam probationem tenoris instrumenti amissi? remissivè. ibidem.

Si probetur instrumentum emphyteuticum esse occultatum, aut amissum de industria; statur juramento partis, & Emphyteuta incidit in commissum. ibid.

Emphyteuta excusatur ab edendo instrumento emphyteutico, si alleget se esse tutum titulo præscriptionis 30. *vel* 40. *annorum, vel se possedisse, & solvisse pensionem tanto tempore, ut de jure præsumatur Emphyteusim sibi fuisse legitimè concessam. num.* 24.

Præscriptio ubi perfecta est, tantum tribuit, quantum expressa conventio cum omnibus qualitatibus necessarijs tribueret. ibidem.

Lex regia requirens probationem per scripturam non excludit probationem per præsumptionem juris, vel confessionem partis. n. 25.

Qui possedit Emphyteusim per decennium solvendo toto eo tempore uniformem pensionem præsumitur de jure habere titulum. ibidem.

Pro secunda quæstione de necessitate ostendendi dictam scripturam, seu instrumentum emphyteuticum, illud ex communi sententia statuendum, quamvis regulare sit, quod reus conventus non tenetur edere actori sua instrumenta ad fundandam intentionem, *l. qui accusare, & l. final. secundùm communem intellectum* 19

tellectum, *Cod. de edendo*, & *cap.* 1. *de probat.* tamen Emphyteutam cogi ostendere instrumenta, & titulos Emphyteusis domino directo id exigenti: quod si non faciat, posse à judice pronunciari finitam esse Emphyteusim, & consolidatam cum dominio directo. Ita relatis multis Doctoribus tradit Valasc, *de jure emphyt. q.* 8. *n.* 2. & 19. ubi tamen addit, antequam judex sic procedat contra detrectantem instrumenta edere, debere illum prius admonere, & comminari. Et idem tradit Molina *disp.* 449. *n.* 1.

Fundamentum hujus resolutionis
20 est, Primò, quia instrumentum emphyteuticum confectum est in commumunem utriusque partis utilitatem, domini scilicet, & Emphyteutæ; istrumenta autem quæ fiunt in utilitatem plurium, intelliguntur esse illis communia, & debent edi *ex l. prætor ait. ff. de edendo*, ubi id notant Angel. & cæteri omnes post Innocentium, *in c.* 1. *de probat.* Secundò, quia dominus habet suam intentionem fundatam contra Emphyteutam, qui illum recognoscit: ergo Emphyteutæ incumbit ostendere titulum, ex quo probet sibi competere utile dominium. Unus enim ex casibus, in quibus deficit regula illa generalis, quod reus non tenetur edere instrumenta, est quando actor habet suam intentionem fundatam, Valasc. *sup. n.* 6. Tertiò, idem specialiter probatur quo ad Emphyteusim fisci, & Ecclesiæ; nam fisco ex speciali privilegio sunt ab adversario edenda instrumenta, non solùm emphyteutica, sed quælibet alia ad illius causam pertinentia, *l.* 2. *in principio*, *vers. Divus*, *ff. de jure fisci*: eodem autem privilegio gaudet Ecclesia, & aliæ piæ causæ, juxta receptiorem sententiam, quam tradunt Panormitanus, & cæteri communiter *in c.* 1. *de probation.* Id tamen intellige, si fiscus, & Ecclesia aliunde probare non possint, ut asserunt idem Panorm. & alij apud Valasc. *d. q.* 8. *n.* 7.

Tradita verò communis resolutio 21
cum aliquibus moderationibus accipienda est. Primò enim intelligenda est, nisi reus neget se esse Emphyteutam ejus, qui editionem instrumentorum postulat: nam tunc non tenetur capiam eorum facere, per regulam *d. l. qui accusare*, & *l. final. Cod. de edendo*, & *l. cogi*, *C. de petitione hæredit.* & tradunt Angel. *in d. l. prætor ait*, *n.* 1. Ias. *in l.* 2. *num.* 175. *C. de jure emphyteut.* & alij quos citat, & sequitur Valasc. *d. q.* 8. *n.* 9. & consentit Molina *d. disp.* 449. *n.* 2. At si dominus Emphyteutam negantem convincat de mendacio, eo ipso amittitur Emphyteusis, argumento textus *in §. final. de lege Conradi*, ubi habetur, quod vassallus negans feudum, illud amittit, si dominus contrarium probat: id quod ex alijs etiam juribus probat Valasc. *sup. n.* 10. & tenet pluribus relatis Doctoribus, Fragos. *tom.* 3. *disp.* 10. *§.* 3. *n.* 5. Adde licet Emphyteuta non neget simpliciter Emphyteusim, sed tantùm esse temporalem, affirmando esse perpetuam, in eandem pœnam privationis incidere, si de falsitate, convincatur, ut judicatum fuisse in hoc regno ipso aduocante, testatur idem Valasc. *n.* 11. Vbi etiam affirmat ex Iasone, & Gozadino, si Emphyteuta solùm mentiatur in pretio, ut soluat minus laudemium, satis id esse, ut Emphyteusi privetur. Quin etiam licet quis confiteatur Emphyteusim, nihil de veritate illius occultando, & solùm neget se habere instrumentum emphyteuticum, hoc ipso potest in continenti expelli; quia præsumitur Emphyteusis finita, ut relatis alijs tradunt Petrus Barbosa *in d. l.* 2. *numer.* 230. *Cod. de præscriptione* 30. *vel* 40. *annorum*, & Valascus *supra n.* 12. *per dict. l. prætor ait. ff. de edendo*, & argumento *l. si servus*, *C. quod cum eo*, *qui in aliena potestate.* Id tamen intellige, nisi præscriptione, aut præsumptione ex longo temporis cursu se tueatur, prout infra explicandum est.

22 Intelligenda est secundò, dummodò dominus prius juret de calumnia, id est, quod non sinistro animo petat instrumentum Emphyteuticum sibi ostendi, ut videlicet causas ad expellendum Emphyteutam machinetur, sed sui juris tuendi, & conservandi causa. Ita cum Speculatore, & alijs Valasc. *d. q.* 8. *n.* 13. & Mol. *d. disput.* 449. *n.* 3. Quod confirmatur ex alia recepta Jurisperitorum doctrina, quos idem Valascus refert, asserentium, quod quando actor allegat se amisisse instrumentum, nec aliunde sibi probationem suppetere, cogendus est reus officio judicis illud edere, si modò actor juraverit se non calumniæ causâ editionem petere.

23 Intelligenda est tertiò, nisi Emphyteuta alleget amissum esse instrumentum absque suo dolo, & fraude, prout in dubio præsumendum est, ne præsumatur in malum, ut notat Valascus *d. q.* 8. *n.* 15. juxta regulam, *Stote misericordes, de reg. juris antiqui*; & maximè quando quis jurat se non habere: in quo eventu non modo excusatur Emphyteuta ab edendo instrumento, ut per se patet, cùm nemo teneatur edere, quod non habet: verùm admittitur ad probandum per testes tenorem instrumenti: quod si efficiat, servatis omnibus conditionibus ad talem probationem requisitis, de quibus latè Valasc. *de jure Emphyt. q.* 7. *num.* 38. *à §. decimo quarto limitatur*, & Mol. *tomo* 2. *disp.* 448. idem prorsus consequetur quod ostenso originali obtineret. Si autem instrumentum probetur esse amissum de industria, aut occultatum, tunc stabitur juramento partis, juxta notata per eundem Valasc. *d. q.* 7. *§. antepenultimo, & q.* 8. *num.* 15. & incidet Emphyteuta in pœnam caducitatis, argumento *l. si. de possessione, Cod. de probat.* cum notatis per Paul. *in l. final. n.* 4. *Cod. de postulando*, tradit Valasc. *d. n.* 15. & Mol. *disp.* 449. *n.* 4.

24 Intelligenda est quartò, nisi Emphyteuta alleget se esse tutum titulo juris per possessionem temporis longissimi quæsito, id est, præscriptione 30. vel 40. annorum: vel saltem alleget tanto tempore Emphyteusim possedisse, solvendo semper illius canonem, seu pensionem, ut de jure præsumatur sibi fuisse legitimè concessa. Ita Valasc. *d. q.* 8. *num.* 18. Cald. *de renovat. Emphyteusis*, *q.* 15. *n.* 8. Mol. *dicta disp.* 449. *num.* 5. Frag. *tomo* 3. *disp.* 9. *§.* 21. *sub num.* 15. & cæteri communiter. Ratio prioris partis est, quia præscriptio ubi perfecta est, tantum tribuit, quantum expressa conventio cum omnibus necessarijs qualitatibus tribueret. Glossa *in l.* 1. *Cod. de servitutib.* Tiraquel. *de primog. q.* 30. *num.* 1. & alij: ergo qui eam allegat, & probat, satis eo titulo tutus est, licet alium titulum non ostendat. Alia pars facilè etiam constat, quia præsumptio juris æquipollet liquidissimæ probationi, ut ait Glossa, & Bald. *in l. si tutor, Cod. de periculo tutorum*, Jason. *l. licet Imperator, num.* 8. *ff. de legatis* 1. & multis relatis Tiraq. *in l. si unquam verbo donatione largitus. num.* 33. ergo Emphyteuta, pro quo talis præsumptio stat, non indiget probatione per instrumentum Emphyteuticum; ac proinde non tenetur illud ostendere. Et ita etiam docet Gama *decis.* 270. *num.* 3. ubi bene hujusmodi præsumptionis vim declarat.

Nec obstat, si quis dicat, per ipsas leges requiri determinatè probationem 25
Emphyteusis per scripturam, ut constat ex dictis, & habetur expressè *lib.* 3. *Ordin. Lusit. tit.* 59. *in princip.* ibi, *Aforamentos*: proindeque non viderì sufficere præsumptionem juris ad Emphyteusim probandam, sicut non sufficit probatio per testes, sed requiri omninò probationem per ostensionem instrumenti Emphyteutici. Ad hoc enim bene respondet Valascus *de jure Emphyt. q.* 7. *n.* 33. legem regiam non ita postulare scripturam, ut excludat aliam probationem legis, qualis est præsumptio

tio, & qualis etiam est confessio, seu juramentum partis, de quo eadem lex agit §. 5. sed præcipuè intendere, ne admittatur probatio per testes; quod ex ejus tenore liquet. Si autem quæras, quanto tempore sufficiat Emphyteusim possedisse, ut dicta juris præsumptio inducatur? Respondetur sufficere possessionem decennalem, si Emphyteuta toto eo tempore uniformem pensionem annuatim solvit. Ita Valasc. *d. q. 7. num.* 33. Cald. *de renovat. Emphyt. q.* 15. *n.* 12. & innumeris relatis, Petrus Barbosa *in l. 2. num.* 107. *C. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum, per l. cum de in rem verso, ff. de usuris, & l. litibus, C. de agricolis, & censitis, lib.* 11. & Glossam receptam *in l. servitutes* 4. *ff. de servitutibus.*

De præscriptione Emphyteusis.

§. II.

SUMMARIUM.

Emphyteuta, & feudatarius possidet tantùm naturaliter, respectu dominij directi, & ideo quandiu illud recognoscit, nullo unquam tempore dominium directum præscribere potest. n. 26.

At respectu dominij utilis possidet naturaliter, & civiliter, illudque præscribere potest. ibidem.

Bart. credit feudatarium solùm possidere naturaliter respectu dominij utilis, & hoc sufficere, ut illud præscribere possit. Sed hæc sententia communiter reprobatur; est tamen probabilis. num. 27.

Alij opinantur Emphyteutam, vassallum, & usumfructuarium quasi possidere civiliter, & naturaliter jus emphyteuticum, feudale, & ususfructus, & ratione talis quasi possessionis præscribere posse illud jus. n. 28.

Improbat, & impugnat hanc sententiam Valascus. n. 29.

Ea tamen cæteris præfertur ab Authore. n. 31.

Valascus singulariter opinatur Emphyteutam, & vassallum possidere rem civiliter, & naturaliter; & ex tali possessione civili produci utilis dominij præscriptionem. n. 30.

Dominum directum rei emphyteuticæ, vel feudalis non possidere civiliter tentat defendere Valascus contra communem. num. 31.

Item usufructuarium neque naturaliter possidere. ibidem.

Docet etiam non esse inconveniens admittere simul duplicem possessionem civilem ejusdem rei; alteram in domino directo ratione sui dominij, alteram in Emphyteuta ratione dominij utilis. ibidem.

Et hæc ultima sententia suam habet probabilitatem. n. 32.

In dominio utili habet locum quasi possessio ex patientia ejus, ad quem res spectat quo ad dominium directum; non ita verò in dominio directo, & cur? n. 32.

Præscriptio, alia est longi temporis, alia temporis longissimi, & quid ad utranque requiratur? n. 33.

Ad præscribendas res immobiles adversus privatos sine titulo, sufficit regulariter possessio cum bona fide per 30. *annos. Adversus Ecclesiam verò sufficit ordinariè dicta possessio per* 40. *annos. Contra Ecclesiam verò Romanam requiritur possessio centum annorum; & adversus quasdam Religiones requiruntur* 60. *anni. ibidem.*

Quantum requiratur ad præscribendum contra Principem, vel Rempublicam? remissive. ibidem.

Ius emphyteuticum, & feudale potest præscribi adversus personas privatas spatio 30. *annorum; & adversus Ecclesiam spatio* 40. *annorum. n.* 34. *& seq.*

Ad præscriptionem quadragennariam contra Ecclesiam non est necessarius titulus, nisi in illis casibus, in quibus jus commune præscribenti resistit, aut vehemens præsumptio malæ fidei contra eum habe-

habetur. num. 35.

Ius non resistit simpliciter alienationi rerum Ecclesiasticarum, sed tantùm secundùm quid. Et ideò non tollit, quominus possint praescribi spatio 40. annorum sine titulo. n. 36.

Ius canonicum removens praescriptionem quadragennariam sine titulo contra Ecclesiam, quando jus resistit praescribenti, multas patitur limitationes, quarum una est, ut procedat, quando jus ita resistit praescribenti, ut prohibeat rem ab illo possideri. ibidem.

Quando quis se tuetur praescriptione triennaria, vel quadragennaria in casibus, ubi illa procedit, non solùm non requiritur, quod probet se habere titulum, sed neque oportet illum allegare: quanvis aliqui contrarium sentiant. n. 37. & seq.

Imo potest se tueri tali praescriptione, quanvis ex adverso probetur eum non habuisse titulum. n. 38.

Per possessionem 30. annorum, non solum purgatur praesumptio malae fidei, sed bona fidei praesumptio inducitur, nisi euidenter constet de mala fide, aut vehemens de illa sit praesumptio. ibid.

Ius emphyteuticum, & feudale in re hominis privati potest praescribi sine titulo spatio 30. annorum, non solùm adversus ipsum dominum directum, sed etiam adversus privatum emphyteutam, vel vassallum, ita ut dominus teneatur deinceps eum tantum agnoscere pro vero emphyteuta, vel vassallo, qui praescripsit. n. 39.

Quid dicendum quando Ecclesia est domina directa, emphyteuta verò laicus: aut è contra, quando dominus est laicus, emphyteuta verò est aliqua Ecclesia? ibi.

Praescribere potest Emphyteusim, & feudum adversus verum dominum, qui investitus est ab eo, qui verus dominus non erat, si talem dominum putativum recognovit per 30. vel 40. annos; etiam si verus dominus id ignoraverit. n. 40.

In hoc tamen casu potest dominus ignorans restitui adversus praescriptionem contra ipsum perfectam: secus autem, si praescriptum sit contra vassallum, vel emphyteutam. ibid.

Quanvis ad acquirendam quasi possessionem juris incorporalis, ut usus fructus, servitutis, &c. requiratur scientia, & patientia veri domini, tamen si quis habeat titulum à tertio, qui non sit verus dominus fundi, acquirit quasi possessionem illius juris, etiam domino ignorante, illudque praescribere potest. ibid.

Etiam in casu, quo vassallus feudum alienavit absque licentia domini, tutus erit emptor, si bona fide illud possedit per 30. vel 40. annos, quanvis repugnet Iulius Clarus. n. 41.

Ad praescribendum ius emphyteuticum, vel feudale adversus privatas personas satis est possessio cum titulo, & bona fide per decem annos inter praesentes, & viginti inter absentes. n. 42.

Quod procedit etiam si Emphyteusis sit Ecclesiastica, dummodò non agatur de praescriptione adversus Ecclesiam, sed adversus privatum ejus emphyteutam, vel vassallum; quamvis aliqui contrarium sentiant, quando Ecclesiae intererat alium emphyteutam, vel vassallum habere. ibidem.

Tam contra dominum privatum, quam contra privatum ejus emphyteutam, aut vassallum praescribitur jus emphyteuticum, & feudale cum titulo, & bona fide dicta praescriptione decem, vel viginti annorum, licet aliqui in feudo requirant praescriptionem 30. annorum. n. 43.

Fallit hoc in feudo alienato absque consensu domini. ibidem.

Emphyteusis de providentia, quam quis accepit pro personis certis, non potest praescribi contra successores ad eam vocatos, sicut nec maioratus. ibidem.

VT autem praedicta altius percipiantur, notandum est primò. Quod licet emphyteuta, & feudatarius solùm possideant naturaliter respectu domini directi, penès quem, dum ab illis recognoscitur, est possessio civilis; & ideò nullo unquam tempore possint praescribere 26

domi

dominium directum adversus illum, ut est cōmunis, & certa DD. sententia; quam bene tradit Pet. Barbosa *in d. l. 2. Cod. de praescript. 30. vel quadraginta annorum, n. 66.* siquidem dum Emphyteuta, & vassallus dominū recognoscunt, censetur dominus per illos possidere rem civiliter quoad dominium directum: & antequam quis suam possessionem civilem amittat, non potest adversus eum incipere praescriptio juxta Gloss. receptam *in l. 1. C. de servis fugitivis*, & tradunt Bart. *in l. Celsus, num. 13. ff. de usucapionib.* Covar. *regula possessor, 2. part. in princ. num 7.* & plures alij, quos citat, & sequitur Barbosa *in d. l. 2. n. 11. & 97.* Attamen respectu juris Emphyteutici, seu dominij utilis, possidet Emphyteuta naturaliter, & civiliter: & per consequens potest Emphyteusim, seu jus Emphyteuticum praescribere. Hoc secundum, quòd videlicet possit Emphyteuta praescribere Emphyteusim, apud omnes est indubitatum, ut ex infra dicendis apertè constabit.

27 Circa primum verò de possessione, quam Emphyteuta habet respectu dominij utilis, ut illud praescribere possit non eadem est DD. mens. Bart, enim *in l. 1. n. 9. ff. de acquir. possess.* loquens in feudatario (de quo eadem quo ad hoc est ratio, atque de Emphyteuta) solùm in eo agnoscit possessionē naturalem, & hanc vult sufficere ad praescribendū dominiū. Caeterùm hanc sententiam cōmuni omniū calculo reprobatam esse testatur Valasc. *de jure Emphyteut. q. 17. num. 30.* ubi plures refert contrarium tenentes, *per l. Acquiritur, in fine, ff. de acquirendo rerum dominio.* At hic textus, si bene expendatur, tantummodò probat, solam possessionem naturalē esse inceptam ad praescribendūm dominiū directum, non autem ad praescribendū dominiū utile, & usumfructum; ut bene declarat Valasc. *loco cit.* ubi à sententia Bart. alienus non est, affirmans posse cōtra cōmunem defendi; & re vera probabilis est, illamque probat Alex. *l. 3. §. ex contrario, n. 6. ff. de acquir. possess.* In eo autē haec sententia minus placet, quòd plurimum tribuat possessioni naturali, quae est tantùm secundùm quid adeò, ut quando duo possident eadem rem, unus civiliter, & alter solùm naturaliter, is, qui possidet naturaliter, dicatur absolutè non possidere, ut patet ex *dicta l. acquiritur in fin.* juncta Gloss. ibi, *verbo non possidet:* ad praescriptionem autem requiritur possessio simpliciter, juxta *regulam, sine possessione, 3. de regul. juris in 6.*

Alij ergo sentiunt Emphyteutam, & similes quasi possidere civiliter, & naturaliter jus Emphyteuticū, vel feudale, aut ususfructus, quod habent in re, cujus proprietas ad alium pertinet (ejusmodi quippe juriū, cùm sint res incorporales, quae non possunt corporaliter apprehendi, non datur propria possessio, sed quasi possessio) ratione hujus quasi possessionis posse illud jus praescribere. Ita Covarruv. *regula possessor, 2. parte, in principio sub num. 7. §. quamobrem,* Barbosa *in d. l. 2. n. 169. Cod. de praescript. 30. vel 40. annorum,* Jason, Alciat, Paulus Castrensis, & plures alij, quos refert Valasc. *d. q. 18. n. 4. & 30.* Tradit etiam nec improbat hanc sententiam Alexand. *in dicto §. ex contrario, n. 10.* Et verò quod Emphyteuta, & similes possideant, aut quasi possideant civiliter, & naturaliter jus, quod in re habet, probari solet ex Gloss. *in l. ait praetor, §. 1. verbo, quasi, ff. ex quibus causis maiores,* ubi agnoscit in usufructuario quasi possessionē civilē, & naturalem juris usûsfructûs: quod etiam tenet Bart. *in l. naturaliter, in principio, ff. de acquirenda possess.* & ibi Paulus *ad finem,* Alexand. *n. 5. & 6.* & Jason *columna penultima,* & plures alij apud Valasc. *dicta q. 18. n. 3.* Eadem autem videtur esse ratio de Emphyteuta, & feudatario, respectu juris Emphyt. & feudalis: unde non mirum, quod ratione talis quasi possessionis civilis possint illud jus praescribere: nam quasi possessio ad praescribendū 28

Q sufficit

sufficit: Barthol. *l. sicut in fine, Cod. de præscript. triginta, vel quadraginta annorum*, & ibi Angel. *n.* 9. & alij, quos citat, & sequitur Barbos. *sup. n.* 78.

29 Hæc tamen sententia, quatenus in Emphyteuta, & feudatario admittit quasi possessionem dominij utilis, & inde talis dominij præscriptioné inducit, displicet Valasc. *in dicta quæst.* 18. *num.* 3. *&* 30. ubi eam dicit erroneam, eo fundamento, quòd in dominio non est dare quasi possessionem, sicut in usufructu, & in alijs juribus incorporalibus, ut etiam tradunt Barth. *in l. naturaliter in princ. ff. de acquirend. possess.* & Jason. *ibidem, n.* 18. *&* 19. nam jura illa quasi apprehenduntur, & possidentur patientiâ habentis dominium rei, *l.* 3. *vers. dare, ff. de usufructu & l. quoties* 2. *ff. de servitutib.* dominium verò non capitur, aut conservatur patientiâ alterius domini, sed traditione, & reali apprehensione, ac retentione rei, *l. traditionibus, Cod. de pactis, & §. per traditionem Inst. de rerum divisione.*

30 Aliam ergo satis singularem opinionem tenet in re proposita Valascus *d. q.* 18. *n.* 6. *&* 30. dicens semper veriùs se fuisse arbitratum Emphyteutam, & vassallum naturaliter, & civiliter rem possidere, quod sibi, & nomine suo possideant corpore, & animo, sicque domini utiles, ac tanquam domini rerum fructus percipiant, & ex tali eorum possessione civili præscriptionem utilis dominij produci.

31 Si autem opponas, dominum directum possidere rem civiliter, & ejusdem rei duos possessores in solidum ejusdem rationis esse non posse. Respondet idem Valasc. *d. n.* 6. dominum directum nequaquam possessorem esse, sed tantùm ratione sui dominij jus habere percipiendi pensionem ab Emphyteuta, & servitium à vassallo: nec aliud à jure consultorum responsis, & Cæsarum placitis se posse colligere. Unde ad quandam objectionem, quæ ipsi posset opponi ex *l. sciendum*, §. 1. *ff. qui satisdare cogantur*, ubi post factam mentioné possidentis agrum Emphyteuticum dicitur: etiam qui habet solâ proprietatem possessorem intelligi: dicit accipiendum id esse non de domino directo, sed de proprietario, comparatione usufructuarij, qui statim negatur esse possessor. Atque ex eodem textu, credit probabilius adversus cõmunem sententiam usufructuarium nullo modo etiam naturaliter possidere, quod fruatur re, non ut suâ, sed ut alienâ, & tanquam procurator, *l.* 1. *fine, ff. de novi operis nuntiatione, & l.* 1. *§. finali, ff. de usufructuario quemadmodum caveat*: possidere autem naturaliter nemo possit, nisi rem suam, aut ut suam, *l. acquiritur, ad finem, ff. de acquirendo rerum dominio.* Facilius tamen, & non offensis tot receptis sententijs ad propositam principalem objectionem responderi posset, nullum esse inconveniens admittere simul duplicem possessionem ejusdem rei alteram in domino directo, ratione sui dominij, alteram in Emphyteuta, ratione dominij utilis, quod in eâdem re habet: nam licet stare nequeant simul duæ possessiones similes ejusdem rei, sub eodem respectu; attamen non repugnant sub respectibus diversis; ut idem Valasc. admittit *eâdem, q.* 18. *n.* 29, post Bart. *in l.* 3. *§. ex contrario, num.* 12. *ff. de acquirendâ possessione*, Imolam, Alex. Socinum, & Jasonem ibidem, Abbatem *in cap. licet causam, numer.* 37. *de probationibus*, & Antonium Gomes *in l.* 45. *Tauri, n.* 100. *in fine.*

At quanvis hæc ultima sententia suam habeat probabilitatem, nobis tamen recedendũ non est à præcedente, quæ in Emphyteuta agnóscit quasi possessioné civilé, & naturalem juris Emphyteutici, seu dominij utilis, & inde præscriptioné talis dominij oriri; quia est sententia cõmunis; nec ullum facessit negotium, quod Valascus cõtra eam opponit; videlicet, in dñio non dari quasi possessioné ex patientia ejus, qui rem tradi- 32

tradidit. Nam hoc solùm est verum de dominio directo, de quo tantùm loquitur Barth. *in d. l. naturaliter*, & tradit expresse Jason *ibid. d. n.* 19. ubi optimam rationem reddit, cur speciale sit in tali dominio, ut locum in eo non habeat quasi possessio ex patientia alicujus, quia nimirum est jus perfectū non habens superiorem, qui patientiā præstet: non enim pendet à jure alicujus, neque alteri subest, ut per alicujus patientiā quasi apprehendi, & possideri censeatur. Ex qua ratione à contrario colligitur, quasi possessioné ex alterius patientia locū habere in dominio utili, quemadmodū in usufructu, & cæteris juribus incorporalibus; quia tam utile dominiū, quam hæc alia jura habent, & recognoscunt superioré, à quo pendét, dominū scilicet directū, & proprietarium, cujus proinde successivâ patientiâ quasi apprehenduntur, & possidentur.

33 Notandum secundò, duplicem præscriptioné considerari posse in Emphyteuta, feudatario, & similibus; aliam, quam appellant longi temporis; aliam temporis longissimi. Præscriptio longi temporis est decem, aut viginti annorum, quia nimirùm res immobiles personæ privatæ ordinariè præscribūtur per possessionem decem annorū inter præsentes, & per possessionem 20. annorū inter absentes: & ad hāc præscriptioné requiritur necesseriò titulus, & bona fides possidentis. Præscriptio temporis longissimi est 30. vel 40. annorum: & ad hanc etiam est necessaria possessio cum bona fide, non autem titulus. Itaque ad præscribendum res immobiles adversus privatos sine titulo, sufficit regulariter possessio cum bona fide per 30. annos. Ad præscribendum verò adversus Ecclesiam requiritur, & sufficit ordinariè possessio cū dicta bona fide per 40. annos. Dico, ordinariè; nam adversus Ecclesiā Romanā ex peculiari ejus privilegio requiruntur 100. anni, & adversus aliquos Religiosos, ut Benedictinos, & qui eorum gaudent privilegio, requiruntur 60. Quæ omnia ex cōmuni, & certa DD. sententia suppono. Pro qua videri potest Mol. *tomo* 1. *de justit. disp.* 69. & 71. Quid autem, & quantum tépus requiratur ad præscribendum adversus Principem, vel Rempub. sub certam regulam non cadit. Videatur Barbosa *in l. comperit*, 6. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*, & quæ à nobis circa hoc dicta sunt *in* 1. *p. hujus tractatûs*, *disp.* 1. *sect.* 14. §. 6. ex quibus cavendum censeo à Moliná *disp.* 74. *tom.* 1. ubi pro præscriptione adversus Principem, & civitatem quasdam regulas, seu conclusiones minus veras statuit.

His breviter annotatis, jam quod 34
ad nostrum institutum spectat, statuo primo. Jus Emphyteuticum, & feudale præscribi potest adversus privatas personas spatio 30. annorum: adversus Ecclesiam verò spatio 40. annorum; neque opus tunc est, titulum, aut instrumentum ostendi Ita ex communi sententia Petrus Barbosa *in l.* 2. *Cod. de præscriptione triginta, vel* 40. *annorum à n.* 167. *usque ad* 172. & Mol. *tomo* 2. *disp.* 449. *num.* 5. qui alios referunt. Prior pars constat *ex cap.* 1. §. *siquis per triginta. Si de feudo defuncti contentio sit, inter dominum, & agnatos vassali*, ibi, *siquis per triginta annos rem aliquam, ut feudum possedit, servitium domino exhibuerit, quamvis de ea re non sit investitus, præscriptione tamen triginta annorum se tueri potest.* Ubi vides, jus feudale præscribi absque titulo (saltem quem oporteat ostendi) per possessionem triginta annorum. Eademque est ratio de jure Emphyt. & est sermo in dicto textu de præscript adversus dominos privatos.

Alia pars de præscriptione adversus 35
Ecclesiam spatio 40. annorum sumitur *ex cap. de quarta, & cap. ad aures, & c. illud, de præscriptionibus, & ex cap.* 1. *&* 2. *eodem tit. in* 6. in quibus textibus ad præscribéda immobilia contra Ecclesias quadragénalis possessio requiritur, &

& sufficit, revocatis in hac parte antiquis canonibus, ex quibus olim tricennalis possessio sufficiebat. Neque ad hanc quadragennariam præscriptioné contra Ecclesiam necessarius est titulus, nisi tantum in eis casibus, ubi jus commune præscribenti resistit, aut præsumptio contra eum habetur, ut statuitus *in d. cap. 1. de præscript. in 6.* Unde, cùm jus non resistat præscribenti jus Emphyteuticum, vel feudale, in rebus Ecclesiæ, & contra ipsam Ecclesiam; neque per se loquendo, contra illum stet præsumptio, quòd possideat mala fide (de hac enim præsumptione, eaque non levi, sed vehementi procedit dictum, *Cap.* 1. ut tradunt Covar. *in regula possessor, part. 2. §. 4. n. 5. & 1. variarum, cap. 17. num. 7. prope finem.* Molin. *tom, 1. disp. 75. num. 2.* & Barbosa *in rubr. Cod. de præscriptione 30. vel 40. annorum, n.* 158. ubi alios refert) consequens est posse absque titulo, saltem qui ostendi debeat, præscribi dictum jus contra Ecclesiam per possessionem 40. annorum cum bona fide.

36 Neque opponas præscriptionem juris Emphyteutici adversus Ecclesiam continere alienationem rei Ecclesiasticæ specialiter prohibitam per Paulum II. in *Extravag. Ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alienandis, inter communes*, ubi inter alias species alienationis, quæ ibi sub gravibus pœnis prohibentur, ponitur specialiter cõcessio juris Emphyteutici in re Ecclesiastica, quæ ab antiquo non sit Emphyteuticari solita. Itaque jus cõmune tali præscriptioni resistere; ac proinde non sufficere possessionem quadragennariam absque titulo, ut Emphyteusis adversus Ecclesiam præscribatur. Nam ad hoc respondetur facilè, primò alienationem bonorũ Ecclesiasticorũ, quam fatemur includi in præscriptione dicti juris Emphyteutici, non esse simpliciter prohibitam, sed tantum secundũ quid, id est, sine debitis solemnitatibus, proindeque jus illi simpliciter non resistere, neque tollere, quominus spatio 40. annorum præscribi possint contra Ecclesiam dictum jus Emphyteuticũ, & alia Ecclesiastica bona, absque titulo, ut bene advertit Gab. Per. *decis. 52. n.* 8. Respondetur secundò, dictum *cap. 1. de præscript. in 6.* dum ad præscriptionem quadragennariam sine titulo requirit, ut jus non resistat, præscribenti, varias pati limitationes ex quibus novè assignat Felinus *in cap. si diligenti à numero 7. de præscriptionibus*, & unam esse, ut procedat quando jus ita resistit præscribenti, ut simul prohibeat rem ab eo possideri: aliàs verò minimè. Ita Gloss. finalis *in d. cap. si diligenti*, Covar. *d. n. 7. vers. qua ratione oportet*, Mol. *tom. 1. disp. 75. n.* 4. & Barbosa alios referens, *in dicta rubric. Cod. de præscription. 30. vel 40. annorum. n.* 150. Constat autem nullo jure prohibitum esse, ut quis, etiam laicus, possideat jus Emphyteuticum in rebus Ecclesiæ.

Statuo deinde. Quando præscriptio tricennaria, vel quadragennaria procedit, non solùm non oportet ostendi titulum, aut instrumentum Emphyteuticum; sed nec etiam opus esse allegare illum à principio extitisse. Hæc resolutio nõ est tam certa sicut præcedens. Sunt enim, qui putent, etiam si quis longissimo tempore 30. vel quadraginta annorum, possederit Emphyteusim, aut feudum non posse se tueri præscriptione, nisi alleget concessionem, & investituram sibi ab initio factam: quanvis non oporteat eam probare, eo quod ex possessione tot annorum cum præstatione canonis, & allegatione ipsius investituræ præsumatur ab initio fuisse. Ita cum Matth. de Afflictis *in d. §. si quis per 30.* & alijs tenet Caldas *de renovatione Emphyteusis, quæst. 15. sub num. 2. §. tertio quod, & sub n. 4. §. & allegatio investituræ, & n.* 11. ubi hoc ponit fundamentum: quia solus cursus temporis non potest præstare, aut tollere obligationem, nec præsumptum titulum inducere, *l. nullo 24. Cod. de* 37

rei-

rei vendicatione. Hoc tamen fundamẽtum nullius est momenti: nam in præscriptione temporis longissimi non cõsideratur solus cursus tẽporis, sed simul etiam possessio cum bona fide, aut saltẽ absque mala fide, & per hæc obtinetur titulus juris, nempè præscriptio, per quam res acquiritur, & tollitur obligatio eam reddendi antiquo domino. Nec in contrarium stat *dicta l. nullo*, ubi solùm dicitur possidentes absque justo titulo non acquirere dominiũ rei, quod intelligitur de præscriptione ordinaria, seu longi temporis, ut ibi advertit Glossa *verb. ratio*: non autem de extraordinaria, seu temporis longissimi, de qua hìc loquimur, ut apud omnes est indubitatum. Aptius fundamentũ est, quo Gab. Pereira *d. dec.* 42. *num.* 5. in simili utitur, quia videlicet, ubi titulus à principio defecit, præsumitur possidens habere malam fidẽ, sine qua nullo unquam tempore, etiam longissimo, præscribi potest: ut probat *Cap. finale, de præscriptionib. & regula possessor, de regulis juris in* 6. ergo ut quis se tueatur in possessione Emphyteusis præscriptione quadragennaria, opus est alleget titulum investituræ, & concessionis dominicæ initio factæ: alioqui repelletur tamquã malæ fidei possessor.

38 Tradita nihilominus resolutio est verior, & tenenda cum Petro Barbosa *in dict. l.* 2. *Cod. de præscription.* 30. *vel* 40. *annorum, num.* 171. & notabilius *num.* 114. ubi docet quod post perfectam præscriptionem 30. vel 40. annorum, potest præscribens fateri se nunquam titulum habuisse, dummodo tamen alleget se bona fide præscripsisse. In eadẽ sententia est apertè Valasc. *de jure emphyt. q.* 8. *n.* 18. dum tenet, qui possedit Emphyteusim tempore longissimo, tutum esse solo titulo juris, nempè præscriptione; quod hæc tantũ tribuat, quantum expressa conventio cum omnibus necessarijs qualitatibus tribueret. Idem sentit Covar. *in reg. possessor*, 2. *p.* §. 4. *n.* 3. & 5. ubi docet præscriptionem 30. vel 40. annorum procedere non solũ absque probatione tituli, sed etiam, licet ex adverso probetur titulũ à principio defuisse; quod etiam agnoscunt Panormitan. Paulus, & alij, quos refert Barbosa *d. n.* 171. Fundamentũ sumitur *ex dicto* §. *si quis per* 30. *annos*; ubi exprese dicitur quod qui per 30. annos feudum possedit, & servitiũ domino exhibuit, tueri se potest præscriptione, licet de ea re nõ fuerit investitus: unde consequens est, licet nõ allegetur investitura: imo licet probetur, & constet eam ab initio defuisse, tutum nihilominus esse possessorẽ solo titulo juris quæsito ex tempore longissimo. Nec ex eo tituli defectu argui potest possedisse mala fide, atque adeò non potuisse præscribere, ut pro contraria parte arguebatur. Nam per possessionem 30. annorũ præsumptio malæ fidei purgatur; imo bonæ fidei præsũptio inducitur, ita ut retrò præsumatur possessor bonæ fidei fuisse, juxta Bart. cõmuniter receptum *in l. fin. n.* 17. *C. unde vi*, ut etiam tenet, & latè illustrat multis alijs relatis Barbosa *in rubr. Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum, n.* 330. *& in l.* 2. *Cod. eodem, num.* 171. & Phæbus *part.* 1. *decis.* 81. *n.* 37. Itaque quando non constat apertè de mala fide possessoris, qui per 30. vel 40. annos possedit, aut saltem vehemens de illa non est præsumptio, debet præsumi possedisse bona fide, & legitime præscripsisse, etiam si titulum non habeat, ut bene Covar. *d.* §. 4. *num.* 5. & Mol. *tom.* 1. *disp.* 75. *n.* 2. & alij.

Vtramque conclusionem supra traditam ampliabis, primò, ut quanvis sermo in eis sit de jure emphyteutico, & feudali præscribẽdo adversus dominũ, penes quem antea erat totum jus, ac dominiũ rei, tamen etiam procedant de præscriptione ejusdem juris jam à domino alienati adversus emphyteutam, vel feudatariũ, ad quem legitimè pertinebat, ita ut perfecta dicta præscriptione debeat præscribens habere à dño. 39

pro vero emphyteuta, vel vassallo. Ita cum Panormit. & alijs Barbosa *in d. l. 2. n. 173.* estque communis Doctorum sententia, pro qua videri etiam potest Brittus *in cap. potuit, §. 2. n. 47. cum seq. de locato* Hic tamen adverte hanc ampliationem procedere tantum in Emphyteusi, & feudo personæ privatæ; & nullo modo ad Ecclesiam pertinente. Nam si loquamur de Emphyteusi in generali, prout etiam comprehendit eam, quæ, vel quo ad dominium directum, vel quo ad utile, ad Ecclesiam spectat; non exigua constituenda est differentia in præscribendo dicto jure adversus dominum, vel adversus ejus Emphyteutam; quia si Ecclesia sit domina, requiruntur 40. anni ad præscribendum dictũ jus emphyteuticum adversus illam, ut ex dictis cõstat: ad præscribendũ autẽ idem jus adversus ejus Emphyteutã laicum, satis sunt 30. anni sine titulo; quia jus emphyteuticũ concessum laico in re Ecclesiastica non est Ecclesiæ, sed laici, contra quem 30. annis sine titulo præscribi potest. Estque hoc adeo verum, ut quamvis adversus Ecclesiam Romanam præscribi non possit minori tempore, quam 100. annorum; tamen adversus emphyteutam ejusdem Ecclesiæ Romanæ potest præscribi jus, quod in re illius habet spatio 30. annorum, ut sumitur *ex cap. ad audientiam de præscriptionib.* & tradit ibi Glossa communiter recepta, *verbo, principaliter.* E contra etiam, si Ecclesia habeat Emphyteusim laicam, id est, cujus dominium directum sit alicujus laici, non potest dominium utile ad Ecclesiam pertinens præscribi adversus illam minori tempore, quam 40. annorum; & si sit Ecclesia Romana, quam 100. annorum; cùm tamen illud ipsum jus emphyteuticum, seu dominium utile, præscribi posset adversus laicum spatio 30. annorum sine titulo, ut ex supradictis patet.

40 Ampliabis secundo, ut procedant, etiam si præscribens acceperit Emphyteusim, aut feudum ab eo, qui non erat dominus directus illius; nam si huic domino putativo præstitit servitium feudale per 30. aut 40. annos, censetur præscripsisse feudum adversus dominum verum, Ita ut debeat ab eo agnosci pro feudatario, nec possit à feudo expelli. Ita Barbos. *in d. l. 2.* n. 176. *Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum, per l. si ego, §. 1. ff. de publiciana, & l. final. in fine, C. de præscrip. longi temporis* Britt. *in d. c. potuit, §. 2. n. 47. fine,* & ex antiquioribus Paulus *l. neque fructuarium, n. 1. Cod. de usufructu.* Quod intellige, etiam si verus dominus directus id ignoraverit, ut cum Panorm. Alexand. & alijs resolvit idem Barbosa, qui hoc à simili probat: nam licet ad acquirendam quasi possessionem juris incorporalis, ut ususfructus, servitutis, &c. requiratur scientia, & patientia veri domini, tamen si quis habeat titulum à tertio, qui non sit verus dominus fundi, acquirit quasi possessionem illius juris, etiam vero domino ignorante, & consequenter illud præscribet. *d. l. si ego, §. 1. ff. de publiciana,* Cynus *l. 1. in q. 7. C. de servitutib.* Jason. *l. 3. §. ex contrario, n. 31. ff. de acquirend. possess.* & alij. Addit autem idem Barbosa *n. 181.* juxta Barth. & alios, quòd in hoc casu potest dominus ignorans restitui adversus præscriptionem contra ipsum perfectam: secus autem, si præscriptum esset contra vassallum, vel emphyteutam, quod per hoc dominus non lædatur. Quamdiù verò prædicta restitutio competat, diximus *disp. 1. de Censu, sect. 14. n. 279.*

Ampliabis ultimo, ut procedant, 41 etiam in casu, quo feudatarius fundum alienaverit absque licentia domini directi, quia nihilominus emptor, qui feudum bona fide possedit per triginta annos, securus erit, juxta *dictum §. si quis per 30. vel 40. annos*, ut cum Antonio Peregrino *tract. de fideicommiss. art. 41. n. 13.* dicente ita esse receptum, resol-

resolvit Barbosa *in d. l. 2. n. 182. C. de praescript. 30. vel 40. annorum*, contra Julium Clarum §. *feudum, q. 45. n. 2.* ubi contrarium docet per *cap. 1. de capitulis Conradi, vers. praeterea, & per c. Imperiale, vers. nos autem, de prohibita feudi alienatione, per Federicum*: quibus juribus statuitur, ut in hoc casu possit dominus feudum vendicare, nulla obstante praescriptione. Ad quod tamen facilè respondetur, per haec jura solùm excludi praescriptionem longi temporis, non autem temporis longissimi triginta, vel 40. annorum, ut exponit Glossa *in d. c. 1. de capitulis Conradi, verbo praescriptione*; quam esse communiter receptam affirmant Balbus, Socinus, Menochius, & alij, quos refert idem Barbosa *num. 183.* quamvis communiter reprobatam esse dicat Julius Clarus *sup.*

42 Statuo tertio. Ad praescribendum jus emphyteuticum, aut feudale adversus privatas personas, satis est possessio cum titulo, & bona fide per longum tempus, id est, per decem annos inter praesentes, & per viginti inter absentes. Haec conclusio explicanda est per partes. Imprimis enim, si Emphyteusis, aut feudum sit Ecclesiae, & non agatur de praescriptione adversus ipsam Ecclesiam, sed adversus privatum ejus emphyteutam, vel vassallum, bene adversus illum dicta praescriptio longi temporis procedit, ut cum Bart. & alijs tenent Valasc. *de jure emphyt. q. 17. n. 13.* Gama *decis. 149. num. 4.* latè Covar. *in reg. possessor, p. 2. §. 2. n. 6.* & Mol. *tomo 1. disp. 70. n. 3.* Sumitur *ex cap. ad audientiam de praescript.* ubi Glossa, Panorm. Felin. & plures alij, quos August. Barbosa ibidem refert *in suis collectaneis n. 6.* Ratio est quia quamvis contra Ecclesiam non possit praescribi minori spatio, quàm 40. annorum; & si sit Ecclesia Romana, quam 100. annorum, tamen dominium utile, quod in hoc casu praescribitur, non est Ecclesiae, sed privati, adversus quem ordinario modo praescribitur. Quod maximè, ac sine dubio procedit, quando Ecclesia conscia erat de possessione praescribentis: si enim erat inscia, ejusque intererat illum potius, quam hunc emphyteutam, aut vassallum habere, multi contrarium censent, teste Molina *sup.* qui suam in hoc sententiam non declarat.

Deinde si Emphyteusis, aut feudum sit domini privati, cui ut personae privatae competit dominium directũ, non solùm contra ejus privatum emphyteutam, aut vassallum, locum habet dicta praescriptio longi temporis, sed etiam contra ipsum dominum, ut bene, loquendo de feudo, docet Barbosa *in d. l. 2. Cod. de praescript. 30. vel 40. annorum, n. 185.* Eo fundamento, quia si directum dominium praescribitur longo tempore adversus privatos cum titulo, & bona fide, à fortiori praescribitur dominium utile. Ex quo fundamento excludit quorumdam sententiam, quos ibi refert asserentium speciale esse in feudo, ut in eo non habeat locum praescriptio longi temporis, sed necessaria sit praescriptio 30. annorum juxta *dictum §. si quis per 30. annos, & juxta dictum cap. 1. vers. praeterea.* cum Glossa ibi, *verbo praescriptione, de capitulis Conradi*. Quae tamen jura non convincunt: nam in *d. §. si quis per 30.* est sermo de feudo alienato absque consensu domini; in quo casu, cùm titulus sit nullus, & reprobatus in *dicto cap. Imperiale, de prohibita feudi alienatione per Federicum*, praesumit jus malam fidem in possidente ex vi talis alienationis; ad quam praesumptionem tollendam non sufficit possessio longi temporis, sed necessaria est longissimi; & ideo praescriptionem longi temporis in tali casu exclusit, non verò in alijs, ubi titulus, & bona fides intervenit. 43

Illud tandem hîc notandum, si Emphyteusis sit ex pacto, & providentia, quam quis acceperit pro personis certis in investitura, seu concessione desig-

designatis, ut pro se, & suis descendentibus; vel pro so, ac filio, & nepote maiore natu, & similes, tunc licet adversus emphyteutam, ad quem Emphyteusis actualiter spectat, præscribi possit, juxta supradicta, attamen ea præscriptio minime nocebit successoribus, qui in investitura vocati sunt, & ex illa habent jus quæsitum in tempus, pro quo sunt vocati: nam cùm ante tale tempus agere non possint ad Emphyteusim sibi restituendam, non incipit, neque currit adversus eos præscriptio, quæ cœpit, & perfecta est tempore antecessoris; quia contra non valentes agere non currit præscriptio. *L. 1. §. ult. C. de annali exceptione*, & communis. Ex quo fundamento tenent communiter Doctores non posse præscribi maioratum, in præjudicium successorum, præsertim nondum notorum, ut videre est apud Molinam Juristam *lib. 4. de primog. c. 10. n. 3.* Ant. Gom. *in l. 40. Tauri à n. 90.* Molina Theol. *tomo 1. disp. 79. ad finem*, & Gabr. Per. *dec. 52. n. 4. & in c. potuit, §. 2. à n. 50. de locato*, docens, res maioratus, & quælibet alia bona restitutioni subjecta præscribi simpliciter tempore longissimo 30. vel 40. annorum, etiam adversus successores ad ea vocatos, quæ opinio non est improbabilis, ut etiam fatetur Covarr. apud Molinam Theol. *ubi sup.* sed tamen ab illa alia sententia, utpotè magis communi, & melius fundata, recedendum non est.

De præsumptione Emphyteusis.

§. III.

SUMMARIUM.

Quando aliquis possedit Emphyteusim per decem annos, solvendo domino uniformem pensionem, & non constat de titulo, nec cucurrit tempus sufficiens ad præscribendum sine titulo, potest se tueri adversus dominum volentem rem vendicare, allegando concessionem Emphyteusis sibi legitimè factam, & probando eam ex præsumptione, quæ consurgit ex eo, quod ad titulum Emphyteusis solverit toto illo tempore uniformem pensionem, eamque dominus receperit. n. 44.

Quando quis possedit, aut quasi possedit per decennium, sciente, & patiente adversario, id sufficit, ut etiam præsumatur solemnitas extrinseca in actis extrajudicialibus. ibidem.

Vbi agitur de magno præjudicio, non præsumitur titulus ex cursu longi temporis adversus solum patientem; bene autem adversus non solum patientem, sed etiam facientem, ut adversus solventem, vel recipientem annuam pensionem. n. 45.

Vt capiatur præsumptio tituli emphyteutici, opus est, ut constet solutam esse pensionem ex certa, & specifica causa emphyteutici contractus. n. 46.

Cùm quis aliquid annuum solvit, nulla adjecta causa, præsumitur titulus donationis earum præstationum, quæ soluta sunt; non autem præsumitur titulus, ex quo aliquid in futurum debeatur. ibidem.

An quando probatur fuisse solutas annuas præstationes, & allegatur causa, id sufficiat, ut præsumatur fuisse solutas ex tali causa? Quidam negant. n. 47.

Respondendum tamen est affirmativè, si præstationes conveniant causæ, seu titulo allegato. Secus autem si non conveniant. num. 48.

Vnde si probetur solutam fuisse uniformem pensionem, præsumetur titulus emphyteuticus. ibidem.

Duo specialia admittuntur, quando unum venit in consequentiam alterius. ibidem.

Plurimum interest, an quis se tueatur, opponendo præscriptionem, vel præsumptionem tituli allegati. n. 49.

Quando quis se defendit allegando præscriptionem, ad quam est necessarius titulus, satis est allegare, & probare intervenis-

terveniſſe titulum coloratum. Si autem ſe tueatur præſumptione, debet allegare titulum verum, & validum. ibidem.

Duæ aliæ differentiæ inter præſcriptionem, & præſumptionem aſsignantur. num. 50.

Præſumptio tituli ſolùm poteſt nocere ei, contra quem allegatur. Præſcriptio autem omnibus nocet. n. 51.

Quando materia eſt talis, ut in eajus reſiſtat præſcriptioni, non ſufficit poſſeſsio brevioris temporis ad præſumendum titulum, quam ad præſcribendum in tali materia. Secus autem, quando jus ſolùm non aſsiſtit. n. 52.

Licet ad præſcribendam Emphyteuſim ſine titulo, vel inter abſentes requiratur maior poſſeſsio, quam decennalis, ea tamen cum præſtatione uniformis penſionis ſufficit ad præſumendum titulum, niſi ſit vehemens præſumptio in contrarium. ibid.

Præſumptio tituli Emphyteutici ex dicta poſſeſsione decennali, etiam habet locum adverſus Eccleſiam. Quamvis aliqui contradicant. n. 53.

Quando quis præſcriptione, vel præſumptione tituli Emphyteutici ſe tuetur, & obtinet adverſus dominum, & non conſtat de qualitate Emphyteuſis, an hæc cenſenda ſit perpetua, vel ſolùm ad tres vitas? n. 54. & ſeqq.

Quando cenſetur conceſſa ad tres vitas, judicandum eſt poſſeſſorem eſſe in tertia vita. n. 57.

44 Circa præſumptionem, ad quam etiam poteſt confugere Emphyteuta in defectum ſcripturæ, hanc ſtatuo concluſionem. Quando aliquis poſſedit Emphyteuſim per decem annos, ſolvendo domino vniformem penſionem, quam ipſe dominus recepit, & non conſtat de titulo, nec cucurrit tempus ſufficiens ad inducendam præſcriptionem ſine titulo, poteſt ſe tueri in poſſeſſione adverſus dominũ volentem rem vendicare, allegando conceſſionem Emphyteuſis ſibi legitimè factam, & probando illam, ex eo quod ad titulum Emphyteuſis ſolverit per decennium uniformem penſionem, eamque dominus receperit. His enim concurrentibus, probatur conceſſio præſumptivè, neque alia probatio eſt neceſſaria, ut poſſeſſor ſe tueri poſſit. Ita ex communi Doctorum, quos latè referunt, docent Cald. *de renovat. Emphyt. q. 15. n. 7. & 12.* & Petrus Barboſa *in d. l. 2. n. 207. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annorum*, poſt Valaſc. *de jure Emphyt. q. 7. n. 33. & q. 8. n. 18.* juxta *l. cum de in rem verſo, ff. de uſur. & l. litibus, Cod. de agricol. & cenſitis, lib. 11.* ubi Platea. *num. 3.* & ex doctrina Gloſſæ receptæ, *in l. ſervitutes 4. ff. de ſervitutib.* Facit quod ex Craveta *de antiq. temporis, 3. p. in princ. n. 1.* tradit ſatis utiliter pro quotidiana praxi, Cald. *d. q. 15. n. 13.* videlicet, quando cum antiquitate temporis concurrit alia præſumptio, puta poſſeſſio, vel quaſi poſſeſſio longi temporis, ſciente, & patiente adverſario, quod tunc tempus decem annorum dicitur de antiquo, & illud ſufficit, ut præſumatur ſolemnitas extrinſeca in actis extrajudicialibus. Unde infert, quod ſi res Eccleſiæ, vel minoris alienata eſt, nec apparet de ſolemnitatibus requiſitis, emptor autem rem poſſidet decem annis, parte ſciente, & patiente, præſumi videtur ſolemnitas extrinſeca requiſita in tali alienatione.

Pro hac tamen concluſione, quæ magni momenti eſt, notabis diligenter. 45 Primò, quando agitur de magno præjudicio, non præſumi titulum ex curſu longi temporis adverſus ſolum patientem, ut tradit Barth. communiter receptus *in dict. l. cum de in rem verſo, n. 7. ff. de uſuris*, & ſumitur *ex l. nullo. Cod. de rei vendicat.* bene autem adverſus non ſolùm patientem, ſed etiam facientem, ut adverſus ſolventem annuam præſtationem, *d. l. litibus, Cod. de agricolis, & cenſitis, lib. 11.* ubi Barthol. *n. 2.* idem Bart. *in d. l. cum de in rem verſo, n. 7.* Paul. Jaſon, & alij, quos refert

refert eos sequens Barbosa *in d. l. 2. n. 247. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Unde hac ratione titulus Emphyteuticus præsumitur in casu nostræ cõclusionis; quia ex parte recipientis uniformem pensionem, non solùm intervenit patientia, sed etiam factum positivum recipiendi pensiones. Et ita procedit communis sententia, ut per Balbum, Decium, Alexand. Felin. & plures alios, quos citat, & sequitur Barbosa *in d. l. 2. n. 247. §. & hac ratione.*

46 Notabis secundò, ut dicta præsumptio tituli Emphyteutici procedat, opus esse, ut constet illas pensiones solutas esse ex certa, & specifica causa Emphyteutici contractûs: alioqui sola allegatio, quòd ex tali titulo fuerint solutæ, non proderit, ut præsumatur titulus obligans in futurum. Ita Barbosa *in d. l. 2. n. 231.* juxta receptam doctrinam Bart. *in d. l. cum de in rem verso n. 14. ff. de usuris*, Maschard. *de probat. 3. part. conclus. 1215. num. 68. & conclusione 1372. à num. 115.* & aliorum, quos idem Barbosa refert, qui tradunt, si quis aliquid annuum solvit simpliciter, nullâ adjectâ causâ, præsumi quidem itulum donationis earum præstationum, quæ solutæ sunt: at non præsumi titulum, unde aliquid in futurum debeatur, cùm id ex nullo actu præcedente inferatur: si autem non solvit simpliciter, sed ex certa causa, ut verbi causâ, ratione Census, quem pater recipientis dicitur sibi, & suis hæredibus emisse in fundo, quem solvens possidet, tunc præsumi titulum, & obligationem solvẽdi, etiam pro futuro tempore, quandiù solvens fundum possederit, juxta *dictam l. cum de in rem verso, ff. de usur.* ubi id clarè habetur. Ex qua doctrina plane infertur, ut titulus Emphyteuticus præsumatur, ita ut dominus rei teneatur habere pro vero Emphyteuta possessorem, qui annuam pensionem longo tempore solvit, opus esse, ut constet fuisse ab eo solutam pensionem ex causa contractûs Emphyteutici, atque ut talem à domino fuisse receptam.

Dubium verò est; utrùm quando hujusmodi causa allegatur, & solùm probatur solutas fuisse illas præstationes, satis per hoc constet fuisse solutas ex tali causa, & ita bene ipsa causa, seu titulus præsumatur, juxta supra dicta? Negant Salicet. *d. l. cum de in rem verso, n. 6. ad finem, ff. de usuris, & l. si certis annis, n. 9.* ubi etiam Jason. *n. 15. Cod. de pactis*, & plerique alij, quos citat Barbosa *in d. l. 2. n. 233.* qui fatetur hanc sententiam esse recepetissimam, quam etiam in specie, de qua hic loquimur, tenet Cald. *d. q. 15. de renovat. Emphyt. num. 11.* Probatur, quia alioqui necessarium esset duo circa idem præsumere, nempe titulum allegatum, & quod ratione illius solutæ fuerint præstationes: jus autem non solet admittere duo specialia circa idem, *l. 1. Cod. de dotis promissione.* 47

Hac tamen in re distinguendum est. Nam vel præstationes, quæ probantur fuisse factæ, conveniunt titulo allegato, vel non: si conveniunt, ut quia allegatur titulus Emphyteusis, & probantur solutiones, seu præstationes fuisse uniformes (quod est proprium contractûs Emphyteutici, Salicet. *in l. comperit n. 4. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum*, Gama *decis. 244. n. 5. fine*, Valasc. *de jure Emphyt. q. 7. n. 33.* & alij) tunc bene præsumuntur factæ ratione talis tituli: nam ex qualitate solutionis colligitur qui contractus præcesserit, Bald, *cap. literæ, n. 5. de dilationibus*, Rolandus *consil. 96. n. 24. lib. 1.* Jason. *l. 2. n. 174. Cod. de jure Emphyt.* & alij, quos citat, & sequitur Barbosa *in d. l. 2. n. 239. & seqq.* ubi in specie docet, satis esse probare solutionem uniformis pensionis, ut debeat præsumi fuisse factam ratione tituli Emphyteutici: & ad argumentum Saliceti, & aliorum, quatenus contra hanc partem videtur facere, respõdet, illud pronunciat 48

ciatum, quod duo specialia non admittuntur circa idem, non procedere, quando unum speciale venit in consequentiam alterius, prout in nostro casu. Quam explicationem dicit esse Bartholi recepti *in l. si is qui, n. 51. ff. de usucapionibus.* Si autem præstationes non conveniant titulo, qui allegatur, ut quia allegatur titulus Emphyteuticus, non autem probantur factæ solutiones uniformes, tunc oportet probare, quales quales fuerint, factas fuisse ratione talis tituli. Et idem erit, si constet de initio alterius tituli, ut verbi gratia, locationis: nam tunc ratione illius credentur factæ, nisi probetur factas postea fuisse ratione tituli allegati. Et in his, ac similibus eventibus solvatur dicta sententia Saliceti magis communiter recepta, ut bene Barbosa *supra n. 242. & seqq.*

49 Notabis tertiò, plurimum interesse, utrùm aliquis se tueatur opponendo præscriptionem, aut solùm præsumptionem tituli allegati? Quia inprimis si se defendat præscriptione temporis longissimi, non oportet allegari, aut probari titulum, nisi ubi jus commune præscribenti resistit, aut vehemens cōtra illum stat præsumptio: si autem opponat solam præsumptionem tituli, semper est necessarium, ut certus, & specificus titulus allegetur. Utrumque satis constat ex dictis. Deinde si opponatur præscriptio, ad quam necessarius est titulus, ut præscriptio longi tēporis, vel etiam 30. aut 40. annorum quando jus, aut vehemens præsumptio præscribenti adversatur, satis est allegare, & probare intervenisse titulum coloratum, seu qui verus, ac legitimus esset, nisi obstitisset aliqua circunstantia præscribenti ignorata; ut quod rem acceperit ab eo, quem verū ejus dominum existimabat: non enim melior titulus ad præscriptionem requiritur ex omnium sententia; & patet, quia si titulus esset verus, statim trāsferret dominium rei, eoque solo totus esset possessor, nec esset necessarius cursus temporis, ut se tueri posset. Si autem sola præsumptione tituli se tueatur, debet allegare titulum verum, ac validum, ex quo statim ab initio potuerit transferri ius, aut dominium rei, de qua agitur: alioqui succumbet, quia quando solùm est locus allegandi dictam præsumptionem, non suppletur à jure defectus tituli propter cursum temporis, ut in præscriptione; sed solum ex cursu temporis, quo quis rem possidet, præsumit jus eum ab initio habuisse verum, ac legitimum titulum: & ideo, si non alleget titulum verum, sed coloratum, ut dicendo se rem obtinuisse ab eo, quem per invincibilem errorem credebat dominum, nihil proponit, quo se tuatur.

Et hinc oritur duplex aliud discrimen. 50 Primum est, quòd perfecta præscriptione, si superveniat notitia, non intervenisse à principio titulum validum, tutus nihilominus est præscribens etiam in foro conscientiæ, ut bene Covar. *reg. possessor, 3. p. §. 2. num. 1.* & omnes. Ubi autem solùm stat præsumptio, quod titulus ab initio intervenerit, si superveniat scientia, titulum fuisse nullum, non potest in conscientia talis titulus allegari, nec retineri res ob illam præcedentem præsumptionem, quæ necessariò cessat, adveniente scientiâ in contrarium. Ita cum Fabro, Alexand. & alijs Barbosa *in d. l. 2. n. 211. Cod. de præscript. 30. vel 40. annorum.* Secundum est, quòd allegata, & probatâ legitimâ præscriptione, perimitur actio, & intentio adversarij, qui amplius non auditur: *l. emptor, Cod. de præscript. longi temporis, c. 1. de litis contestatione in 6.* non ita verò allegatâ, & admissâ præsumptione tituli: hac enim non obstante, potest adversarius probare contrarium, & sic contra possidentem obtinere, ut docet Barbosa *supra n. 210.* post Decium, Paulum, & alios, quos citat; & Balbus *1. p. 3. partis principalis, q. 10. n. 25.* ut bene

ne advertit, hujusmodi præsumptionē non esse juris, & de jure: alioqui non posset admitti probatio in contrarium: in quibus omnibus consentit Brittus *in cap. potuit*, §. 1. *n.* 55. *de locato.*

51 Addit præterea aliam notabilem differentiam Barbosa *in d. l.* 1. *n.* 112. ubi docet præsumptionem tituli solùm posse nocere illi, contra quem allegatur, juxta regulam *l. si unus*, §. *ante omnia*, *ff. de pactis*, & ita in terminis tradi à Ruino *consil.* 155. *n.* 4. *lib.* 1. At verò præscriptionem omnibus nocere juxta *l.* 1. *ff. de usucapion.* idque confirmat à simili, quoniam in receptione pensionis per longum tempus probatur dominium, & possessio recipientis adversus solventem, non autem adversus tertios, *cap. inter dilectos*, *de fide instrumentorum*: & tamen siquis tanto tempore recepit pensiones, ut inducta sit præscriptio, ea juxta naturam præscriptionis omnibus nocebit, secundū Barth. *l. ad probationem dominij*, *Cod. de locato*, Felinum *d. cap. inter dilectos*, *num.* 8. & alios, quos idem Barbosa refert.

52 Notabis quartò, quando sumus in materia, in qua jus resistit præscriptioni, ut in terminis, *cap.* 1. *de præscript. in* 6. tunc non præsumi titulum ex possessione minoris temporis, quam quod ad præscribendum in tali materia requiritur, ut tradit Bart. *l. cum de in rem verso*, *n.* 7. *ff. de usuris*, quem sequitur Baldus 1. *p.* 3. *partis principalis*, *q.* 10. *n.* 9. & admittit Barbosa *in dicta l.* 2. *sub num.* 220. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum.* Unde, si unus prælatus probet se per longum tempus percepisse decimas in parochiā alterius, quarū præscriptioni jus cōmune resistit, non præsumetur ex tali perceptione eum habuisse titulum sufficientem, sed opus erit, ut probet eas percipisse à tempore, de cujus initio non est memoria, prout ad earum præscriptionem requiritur *in dicto cap.* 1. *de præscript. in* 6. quando autem jus præscriptioni non resistit: sed tantum non assistit, tunc lex denegans præscriptionem, non videtur includere, seu denegare præsumptionem, ut multis allegatis notat Barbosa *supra num.* 222. Unde licet ad præscribendam Emphyteusim, aut feudum sine titulo requirantur de jure 30. aut 40. anni, & cum titulo 20. inter absentes juxta supra dicta: tamen ad præsumendum titulum, seu investituram, quâ possessor se tueri possit, sufficit decennalis possessio cum præstatione uniformis pensionis, & allegatione tituli, ut ex supradictis constat. Hoc tamen intellige, nisi esset vehemens præsumptio in contrarium, quod etiam bene advertit Barbosa proxime citatus.

Notabis ultimo, dictam præsumptionem tituli Emphyteutici non solum habere locum in Emphyteusi sæculari, sed etiam in Ecclesiastica, ut bene Barbosa *d. l.* 2. *n.* 223. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum*; quidquid Menoc. in contrarium post alios scripserit. *lib.* 3. *de præsumption. præsumpt.* 108. *num.* 5. quia hujusmodi præsumptio locum etiam habet in foro Ecclesiastico juxta Glossam *in cap. pervenit*, *verbo*, *Censu ignorantiæ*, *de Censibus*, & consequenter adversus Ecclesiam, & fiscum, ut admittit Decius *l. cum de in rem verso n.* 13. *ff. de usur.* Jason. *l. si certis annis n.* 14. *Cod. de pactis*, Alciatus *de præsumpt. reg.* 1. *præsumpt.* 32. *ad finem*, & idem Menoch. sibi contrarius *eodem lib.* 3. *præsumpt.* 131. *à num.* 61. Ubi latè, & multis citatis Doctoribus probat, etiam adversus Ecclesiam præsumptionem capi ex præstatione decennali. Quod etiam tenere videtur Gama *decis.* 149. *num.* 5. dum asserit, quod quando circa Emphyteusim agitur de præsumendo consensu Ecclesiæ, sufficiunt decem anni. 53

Illud tamen ad complementum prædictorum explicatione indiget, an quando aliquis præscriptione, aut præsumptione Emphyteusis se tuetur, & obtinet adversus dominum, nec cons- 54

tat

stat de qualitate talis Emphyteusis (an videlicet sit perpetua, vel solùm ad tres vitas, qualis nam judicanda sit.) Ad quam quæstionem communis responsio est, si agatur de Emphyteusi Ecclesiastica, censeri debere concessam ad tres vitas; quod hæc sit Emphyteusis Ecclesiasticæ natura, ut secundum jus commune solùm ad tres vitas concedi possit, *Authent. de non alinand.* §. *Emphyteusim*, *tollat.* 2. Si autem agatur de Emphyteusi sæculari, censendam esse perpetuam; quia hæc etiam est natura talis Emphyteusis. Ita Gama *decis.276. num.* 3. agens de Emphyteusi, per quadragennariam possessionem præscripta, Barb. *in d. l. 2. n.* 225. *& seq. Cod. de præscr.* 30. *vel* 40. *annorum*, ubi plures refert, loquitur tam de Emphyteusi præscripta, quam præsumpta; quia eadem est ratio de utraque, ac novissimè, pluribus etiam relatis Frag. *tom.* 3. *disp.* 9. §. 19. *num.* 3. *&* 4. Citari etiam possunt pro eadem resolutione Covarr. 2. *variarum, cap.* 17. *n.* 6. Valasco *de jure Emphyt. q.* 1. *n.* 12. *& q.* 4. *sub num.* 9. & Pater Molina *tomo* 2. *disp.* 445. *n.* 2. dum absolutè docent, quòd in dubio debet Emphyteusis sæcularis præsumi perpetua: Ecclesiastica verò solùm ad tres vitas, seu generationes. Quod ultimum docet etiam Brittus *in cap. potuit*, §. 1. *n.* 5. *de locato.*

55 Limitari tamen solet hæc resolutio, ut solùm procedat, quando consuetudo concedentis, aut regionis est incerta, & difformis: aliàs enim secundum regionis, vel concedentis morem, censeri debere Emphyteusim concessam, juxta regulam *l. semper in stipulationibus, ff. de regulis juris.* Itaque, ubi Emphyteusis sæcularis secundum regionis, aut concedentis consuetudinem non solet concedi ultra tres vitas, non debere censeri pertuam, quando titulus non appatet, sed tantum præsumitur ex diuturna possessione, juxta supra dicta; quia quo ad hoc, ut scilicet non debeat censeri perpetua, habet dominus fundatam intentionem in consuetudine, & possessor nihil in contrarium probat. Ita in specie Barbosa *supra n.* 227. *& seqq.* & in terminis generalibus Valascus *locis proximè citatis*, Caldas *de nominatione Emphyteusis, quæst.* 23. *n.* 6. *&* 7. & alij, quos referunt. Idem tenet Brittus *supra*, ubi addit in regno Lusitaniæ censendam esse concessam Emphyteusim solùm ad tres vitas, quòd in hoc regno ita soleat concedi.

Prædicta limitatio vera est, ac procedit sine dubio, quando agitur de Emphyteusi præsumpta: at, si agamus de Emphyteusi præscripta, res est dubia, & controversa, ut videre est apud Gamam *dictâ decis.* 276. Ubi cùm in causa quadam proponeretur præscriptam esse quandam Emphyteusim sæcularem spatio annorum 40. in regione Interamnensi, ubi tales Emphyteuses solùm ad tres vitas concedi consueverant; & dubitaretur, an censenda esset perpetua juxta naturam talium Emphyteusium, aut solùm ad tres vitas juxta consuetudinem regionis; judicatum fuit, censendám esse perpetuam: & affirmat idem Gama *numer. ultimo*, hanc partem esse veram, & solere approbari à Senatu, eo fundamento, quia præscriptio sequitur naturam, quam res ipsa de jure habet juxta Baldum *in cap. ultimo de feudo dato invicem legis commissoriæ*, *num.* 2. Nihilominus tamen, quod in tali eventu debeat Emphyteusis censeri tantùm ad tres vitas, videtur verius, ut apud eundem Gamam defendit quidam doctus Senator in prædicta causa, & tradit Barbosa *supra num.* 229. cum Covar, 2. *variarum cap.* 17. *sub num.* 6. docente, quod licet Emphyteusis Ecclesiastica ex sua natura habeat, ut solùm concedatur in tres generationes, tamen si ex loci consuetudine soleat concedi in perpetuum, & ibi per præscriptionem acquiratur, censenda est præscripta juxta talem consuetudinem, & non secũdùm naturam, quam habet de jure 56

communi. Fundamentum est; quia præscriptio æquiparatur pacto, & tantùm tribuit, quantùm tribueret pactum juxta Glossam, Baldum, & Salicetum *in l. 1. Cod. de servitutibus*, Tiraquel. *de primogen. quæst.* 30. *num.* 1. Valasc. *de jure Emphyteut. quæst.* 8. *num.* 18. Mol. *disp.* 449. *num.* 5. Atque, si simpliciter absque ulla temporis præfinitione initum esset pactum Emphyteuticum, intelligendum erat juxta consuetudiuem loci, juxta regulam *l. semper in stipulationibus, ff. de regulis juris, & l. quod si velit, §. illud planè in fine, ff. de Æditilio edicto*: ergo quando simpliciter, & indefinitè fuerit præscripta Emphyteusis sæcularis, ubi est consuetudo, ut tales Emphyteuses solùm ad tres vitas concedantur, non debet censeri quæsita Emphyteusis perpetua, sed tantùm ad tres vitas.

57 Hinc verò aliud emergit dubium, in quanam vita constitui debeat possessor, cui ob dictam præsumptionem, vel præscriptionem adjudicatur Emphyteusis trium vitarum? Ad quod dicendum cum Gama *decis.* 244. *num.* 3. *& decis.* 276. *num.* 3. quòd quando Emphyteuta prædicto modo probavit jus suum, & non constat, an sit secunda, aut tertia vita, judicandum est in dubio esse tertiam vitam juxta Baldum *in l. sed & si possessor, §. item si juravero, ff. de jure jurando*. Quod etiam probat Brittus *sup. argum. l. semper in obscuris, & l. semper in stipulationibus, ff. de regul. juris*, & Gabriel Pereira *decis.* 37. *num.* 11. Atque ita sæpius judicatum esse affirmat Gama *dicta decis.* 276. *prope finem*. Unde hæc sententia in praxi tenenda est.

SECTIO TERTIA.

Explicantur variæ Emphyteusis partitiones, & species, & obiter ad quid earum cognitio sit utilis?

SUMMARIUM.

Exponitur divisio Emphyteusis in Ecclesiasticam, & Secularem, seu Communem. Et in quo hæc membra inter se differant? n. 58.

Emphyteusis Ecclesiastica subditur juri canonico, non autem juri civili, nisi quatenus ab Ecclesia fuerit approbatum, ibidem.

Utile dominium rei Ecclesiasticæ concessæ in Emphyteusim homini laico, est laicum; & subditur dispositioni juris civilis. num. 59.

Unde Emphyteuta laicus prædiorum Ecclesiæ exemptus non est à tributis, & collectis impositis per potestatem laicam, ibidem.

Utrùm jura civilia disponentia circa modum, & formam succedendi in Emphyteusim, locum habeant in Emphyteusi Ecclesiastica personis secularibus concessa? ibidem.

Dividitur etiam Emphyteusis in Hæreditariam, & eam, quæ dicitur ex Pacto & Providentia seu Familiaris. Et quæ utriusque membri sit ratio? n. 60.

Emphyteusis Hæreditaria subdividitur in Hæreditariam purè, & mixtè. ibidem.

Explicatur hæc subdivisio, & Doctores circa illam conciliantur. n. 61.

Cur Emphyteusis, ex Pacto, & Provindentia dicatur Familiaris? ibid.

Ex eo quod Emphyteusis sit, aut non sit Hæreditaria, sequuntur multi effectus diversi, quorum aliqui tanguntur, n. 62.

58 EMphyteusis generaliter acceptæ multiplex est divisio, cujus cognitio ad plurima utilis est, atque necessaria. Primò igitur dividitur Emphyteusis

teusis ex parte materiæ in Ecclesiasticam, & sæcularem, seu communem. Ecclesiastica dicitur, quæ est de re Ecclesiæ, id est, ad Ecclesiam quo ad directum dominium pertinente. Communis, seu sæcularis, & profana est, quæcunque alia, seu, quæ est de rebus, quarum dominium directum ad Ecclesiam non pertinet. Hæc divisio, & partium ejus cognitio est omninò necessaria propter multa, quæ conveniunt Emphyteusi Ecclesiasticæ, non verò communi; & è contra, ut tum ex supradictis, tum magis ex dicendis in toto progressu hujus materiæ constabit. Quod ex eo potissimum provenit, quia Emphyteuses communes subduntur juri civili, ejúsque dispositioni in eis statur. Emphyteuses verò Ecclesiasticæ subduntur juri canonico; nec circa eas statur dispositioni juris civilis, nisi quatenus expresse, vel tacitè ab Ecclesia fuerit approbatum, ut est communis sententia, quam relatis alijs tradunt Valascus *de jure Emphyteutico*, *quæst.* 20. *sub numer.* 6. *§. Item quæro*, & Molina *tomo* 2. *disput.* 446. *num.* 2. Consonant Ordinationes Lusitanæ, *libro* 4. *tit.* 39. §. 2. Ubi expresse decernitur, ut circa bona Ecclesiastica in Emphyteusim concessa, servetur jus canonicum. Et ratio est, quia tam personæ, quàm bona Ecclesiastica à civili potestate sunt exempta, ut patet *ex cap. Ecclesia sanctæ Mariæ, de constitutionibus*, ubi scribentes; & latissimè Augustinus Barbosa *in collectaneis ad eum locum.*

59 Circa hoc tamen adverto, licet quando res Ecclesiastica concessa est in Emphyteusim alicui laico, talis Emphyteusis simpliciter sit Ecclesiastica, eo quod dominium directum rei sit penes Ecclesiam; attamen utile dominium illius esse merè laicum, utpotè ad personam laicam spectans, & dispositioni juris civilis, ac laicæ potestatis subjacere, quemadmodùm cætera bona laicorum, ut bene advertit Valascus *de jure Emphyteutico*, *q.* 17. *num.* 12. post multos alios, quos ibidem refert, & tradit etiam Molina *dicto num.* 2. Ex quo recepto principio multa pro quotidiana fermè praxi inferuntur. Inde enim infert idem Valasc. & Molina, laicos Emphyteutas prædiorum Ecclesiæ non esse exemptos à tributis & collectis, quæ per laicam potestatem imponuntur; quamvis contrarium teneant aliqui apud Augustinum Barbosam *lib.* 1. *juris Ecclesiastici*, *cap.* 39. *numer.* 62. Item legem civilem, qua in aliquibus regnis conceditur proximiori consanguineo ius retrahendi rem venditam à consanguineo, locum etiam habere in Emphyteusi Ecclesiæ, si Emphyteuta suum dominium utile vendat alicui extraneo. Inferunt etiam Gama *decis.* 2. *num.* 6. *& dec.* 149. *num.* 6. *& decis.* 308. *aliàs* 307. *num.* 7. *fol.* 544. *column.* 1. & ...], quos refert, jura civilia disponentia circa modum, & formam succedendi in Emphyteusi, procedere etiam in Emphyteusi Ecclesiæ sæcularibus personis concessa, ut, quod possint succedere etiam illegitimi, & alia hujusmodi, de quibus Molina *dicta disp.* 446. *n.* 3. *&* 4. Quæ tamen difficultate non carent, ut suis locis videbimus. Interim verò placet, quod idem Molina in generali affirmat, dispositionem legum civilium vim habere circa utile dominium rerum Ecclesiasticarum, quando inde non sequitur arctari, aut laxari contractus Emphyteuticos in Ecclesiæ incommodum; sed tantùm quando tale incommodum non sequitur.

Secundo dividitur Emphyteusis ex parte personarum, quibus conceditur, in Emphyteusim hæreditariam, & in eam, quæ dicitur ex pacto, & providentia, quæ aliàs etiam appellari solet, familiaris. Emphyteusis hæreditaria est, ad cujus successionem ex vi concessionis, seu vi investituræ primo acquirenti factæ, solum admittuntur hæredes ipsius primi acquirentis, ita ut sit qualitas 60

omnino requisita ad succedendum in illam, esse hæredem, saltem primi possessoris. Ex pacto, & providentia est, in cujus successione nõ postulatur, ut qui in eam successuri sunt, sint hæredes alicujus prioris possessoris. Ita utrumque divisionis membrum explicant, & intelligunt communiter Doctores, ut apud infra citandos videre licet. Porrò Emphyteusis hæreditaria subdividitur in hæreditariam purè, & hæreditariam mixtè. Pura est, quæ alicui simpliciter est cõcessa pro ipso, & quibuscũque ejus hæredibus. Mixta est, quę est alicui concessa pro ipso, & ejus hæredibus habentibus certam aliquam qualitatem in concessione contentam, ut pro hæredibus, qui sint descendentes, aut consanguinei ipsius primi acquirentis, ita ut ad succedendum in illam non satis sit esse hæredem, sed simul etiam requiratur, quod habeat eam qualitatem, per quam concessio limitatur.

61 Hæc subdivisio ab omnibus etiam re ipsa admittitur, quamvis aliqui nihil subdividendo, Emphyteusim immediatè dividant in tria membra, nimirum in hæreditariam, familiarem, seu ex pacto, & providentia, & mixtam ex utraque, intelligentes per primum mẽbrum, quam nos appellamus hæreditariam purè, & per tertiam, quam dicimus hæreditariam mixtè, quæ propterea dici potest mixta ex hæreditaria, & familiari, quia aliquid utriusque participat: quatenus enim requirit, ut successurus in eam sit hæres, convenit cum hæreditaria; & quatenus non quilibet hæres in eam potest succedere, sed tantùm qui habet simul aliam qualitatem in concessione contenta, convenit cum familiari, seu ex pacto, & providentia. Cæterum cùm de re constet, parùm refert, utrùm hoc, aut illo modo dividas, aut appelles. Authores tamen frequentius utuntur terminis prioris divisionis, quam idcirco magis probamus. Illud etiam adverte, Emphyteusim, quam dicimus ex pacto, & providentia, appellari familiarem, quia ordinariè conceditur pro his, qui sunt de familia, & linea primi proffessoris: non autem quod hoc sit necessarium ad eam speciem Emphyteusis: nam etiam concedi potest, & sæpe conceditur, ut devenire possit ad eos, qui de familia non sunt, ut quando conceditur cum potestate nominandi ad eam, quem possessor voluerit, sive sit de familia, sive non, ut bene advertit Mol. *disp.* 472. *n.* 8. 62

Ex hac divisione, & plena cognitione partium illius in particulari, pendet decisio gravissimarum quæstionum sæpe in praxi occurrentium. Nam si Emphyteusis est hæreditaria, tenebitur successor, idemque hæres Emphyteutæ defuncti subire onera hæreditaria ex ipsa Emphyteusi, quamvis inventarium conficiat: secus verò si hæreditaria non sit. Item, si Emphyteusis hæreditaria est, dividitur inter hæredes Emphyteutæ pro portionibus hæreditarijs, sicut alia bona defuncti, *l. item prædia, ff. familiæ erciscundæ*: si autem hæreditaria non sit, aliàs tamẽ partitioni obnoxia, ut quæ alicui concessa est pro ipso, & posteris ejus in perpetuum, dividetur inter hos pro portionibus æquis, licet inæqualiter ad hæreditatem fuerint vocati: similiter, si Emphyteusis, quam quis pro se, & descendentibus impetravit, hæreditaria non est, possunt ejus descendentes in eam succedere, quamvis hæredes non sint, aut hæreditatem repudient: secus autem, si est hæreditaria. Et pleraque alia his similia, de quibus in progressu agemus, in hanc, vel illam partem sunt decidenda; prout Emphyteusis, de qua fuerit contentio, judicabitur hęreditaria, aut non hęreditaria. Quocirca summopere student, ac laborant DD. in tradendis signis, & regulis, ex quibus in particulari dignosci possit, quæ Emphyteusis sit hæreditaria, vel ex pacto, & providentia, aut mixta. Hac igitur in re quid nobis tenendum sit, per aliquot conclusiones statuendum.

Propo-

Proponuntur formæ, ac signa, ex quibus in particulari dignoscitur, quæ Emphyteusis sit simpliciter hæreditaria, vel de providentia, aut mista.

§. I.

SUMMARIUM.

Assignantur aliquæ formæ, sub quibus censetur concedi Emphyteusis purè hæreditaria, quando agitur de Emphyteusi sæculari. n. 63.

Quando in concessione Emphyteusis fit mentio hæredum, intelliguntur etiam extranei, si subjecta materia eos non excludit. Et idem est quando fit mentio successorum. ibidem.

Emphyteusis sæcularis concessa pro filijs, & hæredibus est purè hæreditaria, quamvis aliqui putent esse mistè hæreditariam. num. 64.

Quando autem concessa esset sub hac forma, tibi, filijs, & hæredibus tuis masculis, censetur hæreditaria mistè. ibid.

Emphyteusis Ecclesiastica concessa simpliciter pro hæredibus, vel successoribus, aut pro hæredibus, & successoribus, non est purè hæreditaria, sed mistè, id est, pro hæredibus, qui sint descendentes primi acquirentis. n. 65.

Aliqui tamen contrarium sentiunt, existimantibus quibusdam esse tantùm de providentia, nimirum pro descendentibus, licet hæredes non sint. n. 66.

Alijs verò contendentibus esse purè hæreditariam. n. 67.

Quæ sententia valde probabilis est; non tamen est recedendum à sententia tradita. n. 65. præsertim in hoc regno. n. 68.

Adducta in contrarium solvuntur. ibid. & n. 69.

Si Emphyteusis Ecclesiastica concedatur pro hæredibus, vel successoribus, addendo, quibuscumque, aut quibus dederis, vel quid simile, erit simpliciter hæreditaria. n. 70.

Et idem est de feudo. ibidem.

Emphyteusis, in cujus concessione non fit mentio hæredum, est familiaris, seu de providentia. n. 71.

Quod procedit, sive agatur de Emphyteusi sæculari, sive de Ecclesiastica, quamvis aliqui repugnent existimantes Emphyteusim sæcularem concessam pro filijs, absque mentione hæredum, esse hæreditariam mistè. ibidem.

Feudum concessum absque mentione hæredum, est de providentia, licet filij in eo succedere non possint, nisi sint hæredes. ibid.

Emphyteusis concessa alicui pro se, ac suis, est familiaris, seu de providentia, sive talis Emphyteusis sit Ecclesiastica, sive sæcularis. n. 72.

Aliqui tamen existimant Emphyteusim sæcularem ita concessam, esse hæreditariam mistè. ibidem.

Rejicitur Pinelus dicens Emphyteusim concessam pro suis, intelligi tantùm concessam pro hæredibus habentibus ius suitatis. ibidem.

Emphyteusis concessa sub hac forma, tibi, & successoribus tuis, si sit sæcularis, est purè hæreditaria: si autem sit Ecclesiastica, est mista; quamvis esse, ex pacto, & providentia, existimet Molina. n. 73.

Idem est dicere hæredes, atque successores, & è contra. ibidem.

Emphyteusis concessa cum libera facultate nominandi alium ad eam, nulla facta mentione hæredum, non est hæreditaria. sub d. n. 73.

Quoties in concessione Emphyteusis fit mentio hæredum, cum restrictione ad certum genus personarum, ut ad filios, vel descendentes, talis Emphyteusis est hæreditaria mistè, sive sit sæcularis, sive Ecclesiastica. n. 74.

Quando Emphyteusis concessa esset sub hac forma, tibi, & hæredibus tuis masculis, vel de corpore tuo natis, aliqui putant esse tantum, ex pacto, & providentia. n. 75.

Dicendum tamen est esse hæreditariam mistè. n. 76.

Emphyteusis mihi concessa, & pro eo, quem nominavero de hæredibus meis, non est hæreditar. n. 77.

Ut Emphyteusis censeatur hæreditaria non satis est, quod fiat mentio hæredum in exequutione concessionis, sed requiritur, quod fiat in ipso corpore concessionis. ibidem.

Clausula apposita in executione non solet alterare gratiam. ibid.

Qualis censenda sit Emphyteusis concessa simpliciter, & informiter, ut dicendo, concedo tibi hanc rem in Emphyteusim, non addendo, & pro tuis hæredibus, vel filijs, & cæt. n. 78. & seqq.

Sententia Authoris. n. 80. fine.

Qualis censenda sit Emphyteusis, vel feudum, quando est dubium, an sit hæreditaria, vel de providentia? n 81.

Feudum tam Ecclesiasticum, quam sæculare, non est suaptè natura transitorium ad hæredes extraneos. ibid.

Traditur quædam regula, pro quibusvis concessionum, & dispositionum formis interpretandis. n. 82.

63 Statuo primo. Quando agitur de Emphyteusi sæculari, seu communi, censetur purè, ac simpliciter hæreditaria, quæ sub aliqua ex sequentibus formis, vel similibus concessa est. *Concedo talem rem in Emphyteusim Petro, & hæredibus ejus; vel Petro, & successoribus ejus: vel Petro, & hæredibus, ac successoribus ejus, vel Petro, & hæredibus, aut successoribus ejus.* Ita communi sententia Caldas *de nominatione Emphyteusis, quæst. 23. num. 11. & num. 19. & 23.* alijsque in locis, & Mol. *disp. 472. num. 6.* Fundamentum est, quia quando in concessione Emphyteusis fit mentio hæredum, intelliguntur etiam extranei, si subjecta materia eos non excludit, ut, relatis alijs, tradunt Valasc. *de jure Emphyt. q. 44. num. 9.* Julius Clarus *lib. 4. sententiar. §. Emphyteusis; q. 28. n. 6.* Cald. *de nominatione Emphyteusis, q. 22. n. 12.* & Mol. *disp 469. num. 3.* & similiter nomine successorum, quicumque hæredes, etiam extranei, comprehenduntur, ut est textus *in l. si stipulatio ista, in principio, vers. sed si, ff. de verbor. obligat.* & notant Mol. *d. disp. 472. num. 6.* multique alij apud Cald. *loco proximè citat.* ergo, cum Emphyteusis sæcularis non excludat suaptè natura ullos hæredes etiam extraneos, ut notissimum est, fit, ut quando simpliciter concessa est pro hæredibus, & successoribus, vel pro hæredibus, aut successoribus primi acquirentis, intelligi debeat concessa, ut ad quoslibet ejus hæredes devenire possit ex vi talis concessionis: quæ autem ita se habet, est simpliciter hæreditaria.

Unde idem censendum est de Emphyteusi, quam quis impetravit, *pro se, filijs, & hæredibus*, ut tradunt Valascus *d. q. 44. num. 9.* & Mol. *disp. 473. n. 4.* qui bene cum Bart. Covar. & alijs advertit hujusmodi Emphyteusim etiam respectu filiorum esse hæreditariam, ita ut non solùm alij sub dicta forma comprehensi, sed etiam ipsi filij in eam succedere non possint, nisi sint hæredes; quia adjectio illa, *& hæredibus*, idem valet, quod, *& cæteris hæredibus.* Non desunt autem, qui doceant hujusmodi sæcularem Emphyteusim concessam *pro filijs, & hæredibus* esse hæreditariam mistè, opusque esse, ut qui in eam successuri sunt, habeant utramque qualitatem, id est, ut sint filij, & hæredes. Ita docent Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, q. 37. num. 1. vers. aut verò*, & Cald. *de nominatione Emphyteusis, q. 22. num. 27. & q. 23. sub num. 22.* qui alios referunt; & inter eos Barth. *in l. jusjurandum, §. si liberi, num. 4. ff. de operis libertorum.* At Bart. solùm loquitur de Emphyteusi sub hac forma, *tibi, filijs, & hæredibus tuis masculis*: in qua specie certum est non contineri Emphyteusim purè hæreditariam, cùm non sit concessa pro quibuscumque hæredibus, sed tantum pro masculis; nec mirum, quod tunc solùm 64

solùm intelligantur vocati hæredes, qui fuerint descendentes, ad quos concessio videtur restringi per adjectionem, *masculis*, ut ex Baldo, & alijs notavit idem Caldas *dicta q. 22. n. 41. & 47.* Prior autem sententia, quam sequimur, procedit, quando concessio facta est *pro filijs, & hæredibus*, non adjiciendo *masculis*.

65 Statuo secundo, Emphyteusis Ecclesiastica concessa simpliciter sub aliqua ex prædictis formis, videlicet, *tibi, & hæredibus tuis*, aut *tibi, hæredibus, & successoribus tuis*, aut *tibi, filijs, & hæredibus tuis*, non est purè, ac simpliciter hæreditaria, sed mistè, nisi aliud exprimatur. Ita communis Doctorum, quam tradunt, ac sequuntur Covar. 2. *variarum c. 18. num. 4. fine*; Caldas *de nominat. Emphyt. q. 22. num. 26. & q. 23. n. 23. & seqq.* Mol. *disput. 472. num. 9.* & Valasc. *de jure Emphyt. q. 44. num. 11. 12. & 14.* Ubi quamvis neget Emphyteusim Ecclesiasticam concessam Titio, & hæredibus debere vocari mistam, tamen admittit non censeri concessam pro hæredibus extraneis, sed tantùm pro descendentibus, ijsdemque hæredibus Titij, pluresque Doctores idem admittentes refert. Negat autem debere dici mistam (ut nos eam appellamus, & appellat etiam Pinelus, quem ibi refert) quia licet conveniat cum familiari, seu de providentia, quatenus excludit extraneos; & cum hæreditaria, quatenus requirit, ut descendentes ad eam vocati sint hæredes: tamen extraneos, inquit, non excludit ex vi pacti, sed tantùm ex natura rei, quæ extraneos non admittit. Unde idem dicit de feudo simpliciter pro hæredibus concesso; quia tam feudum, quam Ecclesiastica Emphyteusis suaptè natura extraneos hæredes excludit. Quod certè ad modum tantùm loquendi spectat; & longè commodius est, ut omnis Emphyteusis, quæ prædicto modo convenit cū hæreditaria, & de providentia, appelletur mista, seu hæreditaria mistè, sive ex natura rei, sive ex pacto, & concessione dominica eam convenientiam habeat. Atque in hoc sensu procedit tradita conclusio, cujus fundamentum est, quia Emphyteusis Ecclesiastica non potest de jure transire ad hæredes extraneos, ut communiter tradunt Doctores, & constat ex *Authentico de non alienandis*, §. *Emphyteusim*, ubi sancitum est, ut Emphyteusis Ecclesiastica solùm possit concedi pro filijs, & nepotibus primi acquirentis: ergo quando absolutè conceditur pro hæredibus, debet ea concessio intelligi restricta ad solos descendentes; cùm ij, qui absolutè, & simpliciter paciscuntur, secundùm jus commune intelligantur contrahere, ut per Gloss. *in l. unica, Cod. locati*, Barth. & alios, Gama *decis. 90. num. 4.* Quando autem Emphyteusis conceditur non pro quibuscumque hæredibus, sed tantùm pro habentibus certam aliquam qualitatem, non est hæreditaria simpliciter, sed mistè, ut ex dictis constat.

Contra hanc conclusionem graves aliqui Doctores, dupliciter sentiunt. 66 Quidam enim, ut Alexand. Decius, Jason, & alij, quos refert Valasc. *supra num. 11.* credunt, quando Emphyteusis Ecclesiastica conceditur absolutè pro hæredibus alicujus, censeri tantùm de providentia pro illius descendentibus, quamvis hæredes non sint. At hæc sententia inde facilè excluditur, quia alioqui inutiliter, & impropriè vocabulum, *hæredibus*, in ea concessione usurparetur; quod admittendum non est, cùm nihil obstet, quominus in sua propria significatione accipiatur.

Alij verò sentiunt in ejusmodi con- 67 cessione Emphyteusis Ecclesiasticæ hæredum nomine comprehendi etiam hæredes extráneos; ac proinde talem Emphyteusim esse purè, ac simpliciter hæreditariam. Ita Panormit. *cap. in præsentia, de probat. n. 28. & 29.* Covar. 2. *var. c. 26. n. 5. concl. 4.* quamvis addat

contrariam sententiam esse tutiorem; & plures alij, quos refert Julius Clar. *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, q. 28. num. 5. & 6.* qui dicit hanc sententiam in puncto juris videri veriorem; à contraria tamen recedere non audet, cum sit communis. Eidem opinioni accedit Mol. *disp. 369. num. 3. ad finem, & disput. 472. num. 5.* præterquam ubi consuetudine receptum fuerit, ut in hujusmodi eventu soli descendentes hæredum nomine accipiantur. Moventur hi Doctores, quod per hæredes juxta propriam nominis significationem, tam descendentes, quàm etiam extranei intelligantur: neque in concessionem Emphyteusis Ecclesiasticæ ius, aut ratio aliqua obstet, quominus extraneos etiam comprehendat. Nam, ut ajunt, *Authenticum, de non alienandis, §. Emphyteusim*, quod obstare videbatur, fuit postea correctum, & extensum per *Authenticum, de alienatione, & Emphyteusi, §. licentiam*, ubi bona Ecclesiastica Emphyteuticari permittuntur in perpetuum absque ulla restrictione ad descendentes. Præterea arguit satis efficaciter pro hac sententia Julius Clarus *dicto num. 6.* nullibi jure canonico dispositum esse, ut Emphyteusis Ecclesiastica ad hæredes extraneos non transeat; & licet jure civili *in dicto §. Emphyteusim*, contrarium habeatur hoc jus nullam habere vim in tali materia, quamvis sit favorabile Ecclesiæ; quia leges civiles disponentes specialiter circa res, aut personas Ecclesiasticas omnium sententiâ sunt irritæ, ut constat *ex d. cap. Ecclesia sanctæ Mariæ, de constitut.* proindeque tam de natura Emphyteusis Ecclesiasticæ, quàm sæcularis esse, ut ad hæredes extraneos transire possit. Idem tenendum esse in Lusitania, ex jure hujus regni, contendit novissimè Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 7. n. 5.*

68 Hæc sententia est valde probabilis. Nihilominus tamen recedendum non est à contraria, in qua nostra conclusio procedit, quia est receptissima, & communissima inter Doctores, ut apud citatos videre licet, ac præsertim apud Cald. *d. q. 23. num. 25.* ubi innumeros pro ea refert. Maximè verò tenenda est in hoc regno, tum quia est Bartholi, *in l. si finita, §. si de vectigalibus, num. 6. ff. de damno infecto, & in l. etiam, num. 2. ff. soluto matrimonio*, alijsque in locis; tum etiam, quia non semel juxta illam judicatum est, ut videri potest apud Gam. *decis. 72. num. 1. & decis. 326. num. 4. & 5.* Nec fundamentum adversariorum est ineluctabile. Respondetur enim, quod dispositum fuerat *in dicto §. Emphyteusim*, ut Emphyteusis Ecclesiastica pro solis descendentibus concederetur, non corrigi, aut extendi in illo *§. licentiam, Authent. de alienatione, & Emphyt.* nisi fortè quo ad hoc, ut posset talis Emphyteusis concedi in perpetuum, ut Ioannes Andreas, & alij exponunt apud Molinam *dicta disput. 469. num. 1.* Nam quod ibi non fiat restrictio ad descendentes, non tollit restrictionem pro illis antea factam, quæ optime stare potest cum perpetuitate Emphyteusis, ad quam concedendam ibi datur licentia.

Ad id verò quod objicit Iulius Cla- 69
rus, placet responsio, quam ex Aretino refert, & impugnare conatur idem Clarus *vers. & si dicant*, nimirum dispositionem juris civilis *in d. §. Emphyteusim, Authent. de non alienand.* esse receptam, & canonizatam, *in c. nulli de rebus Ecclesiæ non alienandis*; ubi Pontifex prohibendo clericis alienationem bonorum Ecclesiasticorum, ac speciatim perpetuum contractum Emphyteuticum, illis comminatur pœnas constitutionis Leoninæ, id est, impositas taliter alienantibus per Leonem Imperatorem, *in l. jubemus 2. §. Oeconomus. C. de sacrosanctis Ecclesijs*, ut exponit Glossa *in d. c. nulli, verbo, Leonina.* Quam constitutionem Iulianus Imperator declarat, renovat, & expurgat *in d. Authent. de non alienand.* ut constat

ex

ex principio ejusdem Authent. & notat ibi Glossa: unde hoc etiam Authenticum canonizatum censetur.

Utrùm verò ad prædictam Emphyteusim admittantur ascendentes, an soli descendentes primi acquirentis, vel possidentis? Caldas 23. *de nominat. ad Emphyt. num.* 3. pendulus hæret, quamvis pro negativa parte stet Afflict. quem ibi refert. At *q.* 9. *de renovat. num.* 10. partem negativam absolutè defendit, & nonnullos Doctores pro illa refert.

70 Addidi autem in conclusione limitationem, nisi aliud exprimatur, quia, si in concessione dictæ Emphyteusis Ecclesiasticæ dicatur, *tibi, & hæredibus*, aut *successoribus tuis quibuscumque*, aut *quibus dederis*, aut, *etiam extraneis*, aut *omnibus omnino tuis hæredibus*, aut *successoribus*, erit talis Emphyteusis simpliciter hæreditaria, ut bene, relatis alijs, tradunt Caldas *dicta q.* 23. *num.* 29. *& seqq.* & Molina *disp.* 472. *num.* 6. qui notat idem esse de feudo concesso similiter, non obstante, quod suaptè natura non transit ad extraneos, ut habetur *cap.* 1. *de natura successionis feudi, & cap.* 1. *§. penult. de alienat. feudi*, traditque communis Doctorum. Ratio est, quia per hujusmodi additamenta etiam hæredes extranei satis apertè comprehenduntur: Emphyteusis autem, quæ pro hæredibus etiam extraneis conceditur, est simpliciter hereditaria.

71 Statuo tertio. Emphyteusis, in cujus concessione nulla heredum fit mentio, est familiaris, seu de providentia; ut quando conceditur *Titio, & filijs ejus*, vel *Titio, & uxori illius, & uni ex filijs, quem nominabunt*; & similes. Ita, relatis alijs, Caldas *de nominat. q.* 22. *num.* 22. *& seq. & q.* 23. *num.* 12. *ad finem, & num.* 14. *&* 33. Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum, §. Emphyteusis, q.* 16. *num.* 1. Valasc. *de jure Emphyt. q.* 43. *num.* 3. Molina affirmans esse communem, *disp.* 472. *num.* 7. *& disp.* 473. *num.* 1. *&* 3. Brittus *in cap. potuit, §.* 3. *num.* 13. *de locato*, & Fragos. *tomo* 3. *lib.* 6. *disp.* 9. *§.* 5. *num.* 8. Et quidem quando in concessione feudi nulla fit mentio hæredum, tale feudum esse de providentia, & non hereditarium, esto filius, ut plerique sentiunt, in illud succedere non possit, si heres patris esse nolit, tenent communi consensu Doctores, quos latè referunt, & sequuntur Valascus *de jure Emphyt. q.* 43. *num.* 2. *&* 3. *& q.* 44. *num.* 4. *&* 5. Pinel. *in l.* 1. *Cod. de bonis matern. p.* 3. *num.* 84. Molina Jurista *lib.* 1. *de primogen. c.* 8. *num.* 5. Cald. *de nominat. Emphyt. q.* 22. *num.* 31. *& q.* 23. *n.* 14. In Emphyteusi autem multi inter Ecclesiasticam, & sæcularem distingunt, dicuntque, si Emphyteusis sit Ecclesiastica, & concedatur dicto modo pro filijs, vel descendentibus, nulla facta mentione heredum, esse de providentia: si autem sit sæcularis, esse hereditariam mistè, ita ut in eam succedere non possit filius, nisi hæres sit; quod hec Emphyteusis transitoria sit ad quoslibet heredes, & pater stipulando, vel paciscendo, filijs in dubio videtur stipulatus ut heredibus, juxta Gloss. receptam *in l. si tibi, §. si pactus. ff. de pactis*. Sic docent quamplùres apud Valasc. *dicta q.* 44. *n.* 6. *&* 7. Gamam *decis.* 8. *n.* 6. inter quos Bart. *in l. quod dicitur, ff. de verborum obligat.* alijsque in locis. Ipse tamen Valasc. *d. n.* 6. dicit, quod fortè melius sentiunt, qui tenent etiam Emphyteusim secularem concessam simpliciter pro aliquo, & ejus liberis, non requirere, ut filij sint heredes, sed esse ex pacto, & providentia, & pro hac parte aliquos Doctores refert, quam etiam tenent Gama *sup. n.* 7. Caldas *de nominat. Emphyt. q.* 24. *num.* 76. & multi alij; eamque apertè probat Ordinatio Lusitana *lib.* 4 *tit.* 96. *§* 24. vt advertit idem Valasc, *d. n.* 6. *in fine*, & Cald. *dicta q.* 23. *num.* 12. *ad finem.* Itaque tradita conclusio procedit tam de Emphyteusi Ecclesiastica, quâm sæculari; & de utraque loquuntur Doctores pro ea

ea allegati. Fundamentum illius est, quia quando in concessione Emphyteusis nulla est facta mentio de hæredibus, tunc neque expresse, neque tacitè ex natura talis Emphyteusis, qualitas hæredis in vocatis requiritur: ergo ea Emphyteusis est tantùm de providentia, & nullo modo hæreditaria.

72 Hinc colliges, quando Emphyteusis est alicui concessa, *pro se ac suis*, sine expressione hæredum, vel filiorum, talem Emphyteusim esse familiarem, seu de providentia: ut tenent Cald. *de nominatione*, *q.* 22. *n.* 35. Molina *disp.* 473. *n.* 7. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 7. *n.* 8. & Valasc. *de jure Emphyt. q.* 44. *n.* 15. qui licet tantùm loquatur de Emphyteusi Ecclesiastica, idem tamen vt probabile, aut certè ut probabilius admitteret de sæculari, juxta id, quod superius *n.* 6. dixerat de Emphyteusi pro se, ac liberis concessa. Ratio est, quia per *suos*, intelliguuntur qui sunt de familia, & sanguine conjuncti: unde idem est, ac si diceretur, *pro se, ac suis descendentibus*; quæ forma solùm convenit Emphyteusi de providentia, etiam quando agitur de Emphyteusi sæculari, ut proximè dictum est, esto multi repugnent; in quorum proinde sententia sola Emphyteusis Ecclesiastica *pro suis*, concessa de providentia esse intelligeretur; sæcularis autem, hæreditaria mistè; cum ita sentiant de Emphyteusi pro filijs, seu descendentibus concessa. Omnino tamen à citatis Doctoribus improbatur Pinelus, quatenus *in l.* 1. *C. de bonis maternis*, *n.* 9. *illatione* 4. asserit idem esse *pro se, ac suis*, quod *pro se, ac suis hæredibus*, id est, jus suitatis habentibus, in quo sibi etiam non cohæret, cum paulo ante *n.* 89. in simili relationem ad jus suitatis non agnoscat.

73 Colligit etiam ex dictis Molina *dicta disp.* 473. *n.* 8. quando Emphyteusis conceditur sub hac forma, *tibi, & successoribus tuis*, si agatur de Emphyteusi Ecclesiastica, esse ex pacto, & providentia; quamvis si agatur de sæculari, simpliciter hæreditaria censeatur. Probat, quia cùm Emphyteusis Ecclesiastica non sit suaptè natura transitoria ad hæredes extraneos, quemadmodum sæcularis, sed tantùm ad descendentes, ut concluſ. 2. probatum est, congruè, quando pro successoribus conceditur, horũ nomine intelliguntur descendentes, esto hæredes non sint: & consequenter talis Emphyteusis nullo modo est hæreditaria, sed tantum de providentia. Nihilominus veriùs, ac juri, & DD. conformius videtur, quod etiam in cõcessione Emphyteusis Ecclesiasticæ idem sit dicere, *successores*, atque *hæredes*, & *hæredes*, atque *successores*; pro eodem namque accipiuntur *in l. stipulatio ista*, *in princip. ff. de verborum obligat.* ut ibidem exponit Glos. *verbo*, *Cæterum*; & ita debere accipi in concessione Emphyteusis constat apertè ex Ordin. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 96. §. 24. *ad finem*; & sic communiter intelligunt Doctores, ut videre est apud Cald. *de nominat. q.* 22. *n.* 12. & *q.* 23. *n.* 27. Neque sanè diversa ratio assignari potest, cur in concessione Emphyteusis profanæ nomine *successorum* intelligantur hæredes, non autem in cõcessione Ecclesiastica, cum utraque suaptè natura transire possit ad hæredes, & in hoc tantùm discriminentur, quod una etiam ad extraneos, alia verò ad solos descendẽtes sit transitoria. Unde quemadmodum supra concl. 2. statuimus Emphyteusim Ecclesiasticam concessam simpliciter pro hæredibus esse hæreditariam mistè, ita nunc de concessa pro successoribus idem statuendum est. Quod magis citra dubium procedit in eorum sententia, qui tenent in dubio, an Emphyteusis sit hæreditaria, necne? censendam esse hæreditariam. Quæ sententia inferius examinanda est *n.* 81.

Colliges tandem contra Molinam *disp.* 479. *n.* 3. & Brittum *in cap. potuit.* §. 3. *n.* 5. *de locato*, etiam Emphyteusim

sim liberæ nominationis, quæ scilicet concessa est cum libera facultate nominandi ad illam, quem recipiens voluerit, nulla facta mentione hæredum, esse de Providentia, & nullo modo Hæreditariam. Nam in hac etiam Emphyteusi militat regula suprà tradita, quòd ea tantùm Emphyteusis est Hæreditaria, in cujus concessione fit mentio hæredum. Et ita pro hac resolutione stant communiter D.D. licet eam non exprimant. Pro illa enim stant, qui docent nominatum ad hujusmodi Emphyteusim, non capere illam à nominante, sed solùm à domino concedente; ipsumque nominantem nihil de suo conferre, sed nudum tantùm ministerium exercere, & propterea non posse ab eo gravari nominatum, ut aliquid præstet; quæ sententia est communiter recepta, ut testatur Caldas *de potest. eligen. c.* 16. *num.* 6. *ante med.* & *n.* 28. eamque pluribus pro ea relatis D.D. trademus infra *disput.* 6. *sect.* 6. §. 5. Stant etiam pro eadem, qui tenent, quando Emphyteuta habens dictam potestatem nominandi, ad Emphyteusim decessit, nemine ad eam expresse nominato, non succedere in ea ejus hærendem, præsertim ab intestato; quam sententiam cum suis Authoribus trademus *dicta disput.* 6. *sect.* 1. *num.* 7. Et quidem de jure Lusit. certum est, hæredem ab intestato relictum, qui non sit descendens, vel ascendens ipsius Emphyteutæ, non succedere in illam Emphyteusim, sed eam ad dominum reverti, si Emphyteuta neminem ad eam nominavit. Ita enim habetur *lib.* 4. *Ordin. tit.* 36. §. 2. Si autem talis Emphyteusis esset hæreditaria, proculdubio ad quemlibet hæredem, etiam ab intestato, deveniret, quem ad modum cætera bona hæreditaria defuncti.

Accedunt præterea pro tradita resolutione multa alia argumenta ex eodem jure Lusitano. Nam eodem §. 2. habetur, si Emphyteuta dictam facultatem liberam nominandi habens, moriatur intestatus, relictis descendentibus legitimis, cùm neminem ad Emphyteusim nominasset, succedat in ea filius, vel neptos natu maior, & si tantũ habeat filias, vel neptes, succedat similiter filia, vel neptis maior natu. Et §. 3. additur, quod etiam quando talis Emphyteuta decedens cum testamento instituit hæredes descendentes, vel ascendentes, nemine ad illam Emphyteusim nominato, succedat in ea filius, vel nepos, aut filia, vel neptis, sicut quando Emphyteuta decederet intestatus. In quibus decisionibus planè supponitur illam Emphyteusim non esse Hæreditariam: nam, si talis esset, omnes hæredes, sive ab intestato, sive ex testamento in ea succederent pro portionibus hæreditarijs; nam ita succeditur in bonis hæreditarijs, seu quæ jure hæreditario deferuntur, ut est notissimum. Præterea eodem *tit.* 36. §. 4. disponitur, ut si talis Emphyteuta decesserit absque descendentibus legitimis, succedat tunc filius naturalis, si eum habuerit, etiam si talis Emphyteuta esset nobilis, & extet aliquis ejus ascendens. Quod etiam non stat cum eo quòd Emphyteusis sit Hæreditaria; quia in hoc regno filius naturalis, cujus pater est nobilis, in nullis ejus bonis hæreditarijs ab intestato succedit, neque etiam ex testamento, si patri supersint descendentes, vel ascendentes legitimi, ut disponitur eodem *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 92. §. 1. quamquam, si solum extet aliquis ascendens legitimus ipsius patris, possit pater tali filio relinquere suam tertiam, ut habetur *eodem tit.* 92. §. *ult.* Denique *eadem Ordin. lib.* 4. *tit.* 97. §. 22. habetur ut filius, qui nominatus fuit ad Emphyteusim liberæ nominationis à patre, vel à matre, tempore mortis ipsius nominantis, non teneatur eam afferre ad collationem, nec ei imputetur in legitimam, si non fuit empta pecunia ipsius patris, vel matris. Quod utique non ita esset

esset, si Emphyteusis esset Hæreditaria; cùm omnia bona hæreditaria parentũ ad collationem veniant, & in legitimā imputetur filiorum, ad quos deveniunt. Quare saltem in Lusitania indubitabile est, Emphyteusim liberæ nominationis Hæreditariam non esse.

74 Statuo quartò. Quotiescumque in concessione Emphyteusis fit mentio hæredum, cum restrictione ad certum aliquod personarum genus, ut ad filios, vel descendentes, talis Emphyteusis est Hæreditaria mistè, sive sit sæcularis, sive Ecclesiastica, ut si fuerit concessa *pro te, & Hæredibus tuis à te descendentibus*; vel *pro te, ac filijs, & nepotibus hæredibus tuis*: & similes. Ita Cald. *de nominat. quæst.* 22. *num.* 33. & *q.* 23. *num* 20. Molina *d. disp.* 472. *n.* 9. Valasc. loquens in particularibus casibus, *q.* 44. *de jure Emphyt. n.* 13. alijsque in locis. Ratio est; quia ad succedendum in hujusmodi Emphyteusim, postulatur in vocatis ad illam, ut sint hæredes, ne mentio hæredum otiose facta videatur, & ut habeant simul aliam qualitatem restrictivam concessionis, ut quòd sint filij, vel descendentes primi acquirentis, ita ut non possit ad quosuis alios hæredes transire: Emphyteusis autem, quæ conceditur pro hæredibus non quibuscumque, sed tantum pro habentibus certam aliquam qualitatem concessionis restrictivam, est Hæredataria mistè, ut ex dictis constat. Atque juxta hanc resolutionem lata fuit sententia in Senatu hujus regni, ut testatur. Gama *decis.* 50.

75 Non defuere tamen, qui à regula hujus conclusionis recedendum putarent, quando concessio facta esset alicui *pro se, & hæredibus suis masculis*, vel *de ejus corpore natis*. Hanc enim Emphyteusim nullo modo Hæreditariam esse, sed tantùm de Pacto, seu Providentiâ credidit Pinelus in *l.* 1. *Cod. de bonis maternis, p.* 3. *num.* 88. cum alijs, quos refert Valasc. *dictâ q.* 44. *num.* 13 qui huic sententiæ aliquantulum favet, eo fundamento, quod in illa forma, *pro se, & hæredibus ex corpore suo natis*, verbum, *hæredibus*, pro filijs tantum videtur poni; quia hæredes non nascuntur, sed fiunt à lege, vel ab homine. Et similiter in forma *pro hæredibus suis masculis*; filij videntur designari juxta textum in *cap.* 1. §. *sed diversum, de alienatione feudi*, ibi, *illo mortuo sine legitimo herede masculo*, id est, *filio.*

Nihilominus, quod etiam Emphyteusis sub his formis concessà, censenda sit Hæreditaria mistè, ita ut non possit transire ad filios, & descendentes primi acquirentis, nisi sint hæredes, tenet meritò Mol. *disput.* 473. *num.* 5. cum Covar. Julio Claro, & alijs. In quam partem magis etiam inclinant Valasc. *d. num.* 13. & pro eadem stat Caldas *dicta q.* 22. *num.* 33. 41. & 43. & *quæst.* 23. *num.* 20. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 7. *sub num.* 6. Nullum est enim solidum fundamentum, cur in his concessionibus verbum, *hæredibus*, extrahendum sit à sua propria significatione. Nam quod Valasc. considerat circa verba, *hæredibus ex corpore suo natis*, videlicet hæredes non nasci, sed fieri, &c. non tollit quominus per illa verba proprijssimè significentur hæredes, qui sint descendentes primi Emphyteutæ: num illi ipsi hæredes, qui solùm fiunt per dispensationem legis, vel hominis, quidam sunt nati de corpore disponentis, & quidam ex eo non nati, & ad restringendam concessionem Emphyteusis ad eos, qui sunt nati, & descendentes primi acquirentis, aptè ponuntur verba, *tibi, & hæredibus à corpore tuo natis*; Quamvis prius competat esse natos, quàm esse hæredes. Deinde quod abjicit circa formam, *pro hæredibus masculis*, nullum habet fundamentum in verbis *cap.* 1. *de alienat. feudi*, quibus nititur: nam ibi etiam nomine hæredis legitimi masculi, intelligitur *filius masculus*, qui verè sit hæres, ut bene notat Mol. *d. num.* 5. & in simili Covar.

Covar, 2. *variar. c.* 18. *sub n.* 3. §. *idem omnino, post medium*, ubi alios refert.

77 Aptius traditam conclusionem limitat Caldas *dicta quæst.* 22. *num.* 48. ubi docet Emphyteusim mihi concessam, & pro eo, quem nominabo de hęredibus meis, hæreditariam non esse, accipiendumque esse verbum, hæredibus, pro liberis; quia cum per talem concessionem mihi facta sit potestas, ut possim nominare, & transferre talem Emphyteusim in nominatum, etiam dum vivo, & viventis hæreditas non sit, *l.* 1. & ibi glossa, & Doctores, *ff. de hæreditate, vel actione vendita*, non potest intelligi, quòd dominus directus, dum ita Emphyteusim concessit, proprium hæredem ad illam vocaverit, sed quod per hæredé nominandũ intellexerit filium; (vel ut ego interpetror) alium meum descendentem, aut ascendentem, qui jus mihi succedendi habeat. Illud etiam optimè contra nonnullos decet idem Caldas *dicta quæst.* 22. *n* 30. ut Emphyteusis censeatur hæreditaria, non satis esse fieri mentionem de hæredibus in executione concessionis incidenter; sed opus esse, ut fiat in ipso corpore concessionis. Pro qua sententia refert Decium, Menochium, Jasonem, & alios; & in eandem magis inclinat Pinelus *in l.* 1. *Cod. de bonis maternis, parte* 3. *ante numerum* 88. Probatur, quia clausula apposita in executione alterare non solet, *Clement.* 1. *de prebendis*. Ubi Doctores, & Jason *in leg. Ex pupillari, ff. de vulgari, & pupillari substitutione*.

78 Sed quid, si Emphyteusis sit alicui concessa simpliciter, & informiter, ut hac forma, *Concedo tibi hanc rem in Emphyteusim*, non addendo, & pro tuis hæredibus, vel filijs, & cæt. Aliqui Doctores, quos refert Caldas *quæst.* 22. *de nominatione Emphyteusis, num* 14. & 15. absolutè affirmant hujusmodi Emphyteusim censendam esse hæreditariam, seu stipulatam pro hæredibus, eo fundamento, quod omnis nostra actio in hæredum favorem intelligitur directa, *l. si pactum*, 9. *ff. de probationibus*; & præterea, quia feudum simpliciter, & informiter datum, intelligitur etiam pro hæredibus concessam, ut multis relatis DD. tradit Valasc. *de jure Emphyt. quæst.* 50. *n.* 23. & *q.* 44. *n.* 2. ubi ex Covar. & Julio Claro dicit esse receptum.

Alij verò loquendo de feudo informiter concesso, tenent esse tantum ex pacto, & providentia in tali concessione, neque expresse, neque tacitè ex ipsa rei natura, hæredes comprehendantur. Ita Molina *disput.* 47. *num.* 2. referens Covar 2. *variarum cap.* 8. *in fine, num.* 3. & *n.* 4. ubi ait in tali feudo habere locum dispositionem *cap.* 1. *an agnatus, vel filius*, ubi disponitur, si vassallus sine prole decessit, posse agnatum, ad quem ejus universa hæreditas pertinet, retinere feudum, etiam repudiata hæreditate. Si autem filium reliquit non posse hunc hæreditatem repudiare, si feudum habere velit. Quod feudum hæreditarium non est, cùm saltem ad agnatos transire possit, quamvis hæredes non sint, juxta quorum Doctorum sententiam. Emphyteusis informiter concessa, non est hæreditaria, sed tantum de providentia, & ita declarat Covar. quamvis se restringat ad Emphyteusim Ecclesiasticam. 79

Alij autem distinguentes inter Emphyteusim Ecclesiasticam, & sæcularem opinantur, si Emphyteusis informiter concessa, sit sæcularis, cencendã esse hæreditariam: secus autem, si sit Ecclesiastica, quòd hæc ex sua natura tertiam generationem non excedat, ac proinde non videatur stipulata pro hæredibus. Ita Valascus *dicta quæst.* 44. *num.* 6. & Caldas *dicta quæst.* 22. *num.* 15. referens pro eadem sententia Gregorium Lopes *in l.* 25. *tit.* 8. *part.* 5. Videtur autem Caldas parum sui fuisse memorem. Nam *q.* 17. *de nominat, n.* 19. *fine*, docuerat talem 80

S Em-

Emphyteusim non esse hæreditariam, sive sit Ecclesiastica, sive sæcularis. Ex his sententijs prima mihi videtur probabilior, dummodò cum aliqua moderatione, seu distinctione, accipiatur; ut videlicet tam Emphyteusis sæcularis, quam Ecclesiastica, concessa simpliciter, & informiter, hæreditaria censeatur: at Ecclesiastica sit hæreditaria mistè pro solis descendentibus usque ad tertiam generationem; cum suaptè natura, nec ad hæredes extraneos, nec ultra tertiam generationem transire possit: sæcularis verò sit simpliciter hæreditaria, quod ex natura sua sit perpetua, & ad quoslibet hæredes transitoria.

81 Similis quæstio est, qualisnam censenda sit Emphyteusis, vel feudum, quando dubium est, an sint hæreditaria, vel de providentia? Caldas *de nomin. quæst.* 23. *n.* 32. loquens de feudo dicit, quod in eo dubio magis censendum est de providentia, quam hæreditariū; & nonnullos DD. pro hac parte refert. E contra verò Valasc. *de jure Emphyt. q.* 23. *n.* 3. tam de feudo, quam de Emphyteusi dicit censenda esse hæreditaria, non de providentia; & hanc esse communem sententiam affirmat Mol. *disp.* 473. *n.* 8. quam proinde libentius amplectimur; cum ea tamen moderatione, & distinctione, quam proximè in simili adhibuimus, ut videlicet, si Emphyteusis sit sæcularis, censenda sit hæreditaria simpliciter: si autem sit Ecclesiastica, hæreditaria mistè, id est, pro solis descendentibus, qui sint hæredes; quod etiam dicendum est de feudo, sive sit Ecclesiasticum, sive sæculare, id est, censendum esse hæreditarium mistè; cùm etiam suaptè natura non sit transitorium ad hæredes extraneos, sed tantùm ad descendentes, ut constat *ex cap.* 1. *de natura concessionis feudi*, & *ex cap.* 1. *§. penult. de alienat. feudi.* cumunique Doctorum.

82 Denique pro complemento prædictorum, libet hîc apponere quandam regulam, quam pro quibusvis dubijs concessionum, & dispositionum formis interpretandis affert Rebel. 2. *p. de oblig. justitia*, *lib.* 13. *quæst.* 14. *in fine*, ex Castro 1. *de potestate legis pœnalis*, *cap.* 7. *documento* 1. quæ sic habet: ut quando verba plures sensus habere videntur, illum sequaris, qui eo loco, & tempore magis usitatus sit: quod si ex parte usus inæqualitas non cernatur, minus impropriam significationé amplectaris: quod si nec ex hoc capite, neque ex conjecturis una pars verosimilior alia appareat, illum sensum eligas, qui reo, possessori, pietati, & æquitati magis favet.

Traduntur quædam aliæ Emphyteusis divisiones.

§. II.

SUMMARIUM.

Traditur, & explicatur divisio Emphyteusis in perpetuam, & temporalem. n. 83.

An sit Emphyteusis perpetua, vel solum ad tempus, quæ concessa est absolutè pro filijs, seu liberis? n. 84.

Liberorum appellatione veniunt omnes descendentes in infinitum. ibidem.

An Emphyteusis tibi concessa, & pro hærede tuo, vel hæredibus tuis, intelligatur concessa in perpetuum, vel solum pro tempore vitæ tuæ, & tui hæredis immediati? n. 85. *& seqq.*

Qualis censenda sit Emphyteusis, de qua dubitatur, an fuerit concessa in perpetuum; vel solum ad tempus? n. 87.

Quousque censeatur concessa Emphyteusis, quæ ad tertiam generationem impetrata est? n. 88.

Traditur, & explicatur divisio Emphyteusis in eam, quæ est nominationis, & quæ nominationis non est. n. 89.

Quando Emphyteusis conceditur ad tres vitas, seu personas, quandiu qualibet, seu

seu jus illius durare intelligitur? ibid.

Traditur, & explicatur divisio Emphyteusis in novam, & antiquam, n. 90.

Quod feudum dicatur paternum? ibid.

Emphyteusis antiqua, etiam quando renovatur, semper intelligitur concessa, & renovata secundùm naturam, & qualitatem primi contractus. ibidem.

83 TErtio dividitur Emphyteusis ex parte temporis, seu durationis, in perpetuam, & temporalem. Perpetua est, quæ conceditur pro se, & pro alijs ordine seccessivo inperpetuum. Temporalis est, quæ conceditur cum limitatione temporis, ut ad vitam unius, vel in tres generationes, vel etiam ad certum aliquem annorum numerum ultra decennium. Harum specierum cognitio magni est momenti, ut per se constat, nec modica interdum est difficultas in eis in particulari dignoscendis. Igitur ut aliquam huic rei lucem afferamus, nonnullas dubitationes circa eam attingemus,

84 Prima dubitatio fit, an quando concessio fit absolutè pro filijs, seu liberis, sit Emphyteusis perpetua, an solùm ad tempus? Aliqui censent esse temporalẽ, & non excedere trinepotẽ, quia appellatio liberorum eum gradũ non excedit. *l. jurisconsultus, paulò post principium, vers. item liberi, ff. de gradibus*; Barth. *l. liberorum, num. 19. ff. de verborum significatione*, & alij. Nihilominus veriorem esse contrariam sententiam, quod ea Emphyteusis censenda sit perpetua, tenet Caldas *de nominatione, quæst. 24. num. 84.* quia liberorum appellatione omnes descendentes in infinitum continentur; *dicta l. liberorum*, ubi Alciatus *n. 1.* & facit textus *in l. 3. §. penultimo, ff. de assignandis libertis*; *& in l. sed & si §. liberos 1. & 2. de in jus vocando.* Quod maximè procedit in dispositione favorabili, ut ex multis probant Craveta, & Menochius, quos refert Galdas citatus. Nec obstat textus in *dicto versiculo, item liberi*, quia vel solum continet opinionem antiquorum, quæ per Recentiores Jurisconsultos improbata est *in dicta l. liberorum*, ut credit Alexander ab Alexandro *lib. 1. dierum genialium, cap. 15.* & Petrus Crinitus *lib. 15. de honestate, & disciplina, cap. 8.* vel, ut alij malunt, solùm vult non dari in liberis nomen speciale ultra trinepotem, quamvis generatim posteri omnes in infinitum appellatione liberorum significentur juxta dictam *l. liberorum.*

85 Secunda dubitatio, utrùm Emphyteusis tibi concessa, & pro hærede tuo, vel hæredibus, intelligatur concessa in perpetuum, vel solùm pro tempore vitæ tuæ, & tui hæredis immediati? Ratio dubitandi pro hac secunda parte disiunctionis est: quia *in l. antiquitas, Cod. de usufructu, & habitatione*, decernitur, si alicui leges rem aliquam ea lege, ut ususfructus maneat apud tuum hæredem, expirare talem usumfructum cum ipso primo hærede, statimque eo defuncto, ad proprietatem legatam redire. Unde similiter videtur dicendum, Emphyteusim concessam pro hærede, cum ipso primo hærede finiri, nec ad ulteriores transire. Oppositum nihilominus docet Caldas *d. q. 24. n. 4. & seqq.* scilicet, Emphyteusim illo modo concessam non restringi ad primum hæredem, sed esse parpetuam. Ratio est, quia Emphyteusis est suaptè natura transmissibilis ad hæredes, ac secundùm suam primævam institutionem est perpetua: igitur quando indefinitè pro hærede, aut hæredibus, conceditur, non debet intelligi concessa pro solo primo, primisve hæredibus, sed pro omnibus in infinitũ. nec obstat *d. l. antiquitas*: nam, ut ibi notat Bart. & omnes, solũ procedit in re, quæ suaptè natura non est transmissibilis ad hæredes, ut in usufructu, qui suaptè natura est personalissimus, & semper cum persona extinguitur.

86 Limitat autem merito idem Cald. traditam resolutionem, nisi fortè in contrarium stet loci, aut concedentis consuetudo; nam ubi Emphyteuses consueverint concedi tantũ ad certam vitam, aut vitas juxta talem consuetudinem intelligetur dicta concessio pro hæredibus, aut hærede facta. Et similiter dicendum ubi lege, aut statuto sancitum fuerit, ut Emphyteusis solum pro tempore limitato concedatur. Nam ibi etiam intelligetur dicta concessio ad tale tempus restricta, nisi consuetudo in contrarium stet. Unde si Emphyteusis sit Ecclesiastica, solum intelligetur concessa ad tres vitas, ubi lex, quæ statuit, ut ultra hunc terminum non concedatur, observari cõsuevit. Quæ omnia ex superioribus constant, & latè traduntur ab eodem Caldas, & alijs, quos refert *d. n. 4. & 6.*

87 Tertia dubitatio. Qualis nam censenda sit Emphyteusis quando dubitatur, an fuerit concessa in perpetuum, vel solùm ad tempus? Ut quando fuit concessa simpliciter, & informiter, vel solum ex præsumptione, aut aliunde habetur pro concessa, & non constat de tempore, pro quo concessa sit? Hanc dubitationem attigimus, & resolvimus *sect. 1. hujus disp. n. 5. & sect. 2. §. 3. n. 54.*

88 Quarta dubitatio. Quousque censeatur concessa Emphyteusis, quæ ad tertiam generationem impetrata est? Respondent aliqui cum hac distinctione: si in concessione dicatur absolutè: *Concedimus, usque ad tertiam generationem*, intelligi concessam tantum pro primo acquirente, & filijs, ac nepotibus ejus: si autem dicatur, *usque in tertiam ejus generationem*, intelligi etiam pro pronepotibus. Nam dicendo in tertiam ejus generationé, dictio, *ejus*, clarè significat fieri cõcessioné pro tribus generationibus distinctis à primo acquirente, tanquã à causa, & capite, à quo procedunt: quando auté absolutè dicitur in tertiã generationem, non dicendo *ejus*, considerantur tantum tres generationes absolutè, non distinctæ à primo acquirente, & idem valet atque in tertiam vitam. Ita cum Bart. Hieronymo, Pomponio, Jasone, Alexandro, Menochio, & multis Rotæ decisionibus Tamburinus *tomo 3. de jure Abbatum, disp. 14. quæsito 8. n. 2.* Dicendum nihilominus est, si verbis formæ adhæreamus, extendi concessionem usque ad pronepotes primi acquirentis, sive dictum sit absolutè *in tertiam generationem*, sive *in tertiam ejus generationem.* Nam etiam quando dicitur absolutè *in tertiam generationem*, subintelligitur ipsius primi acquirentis, ut est per se manifestum. Et ita docent Jul. Clar. *lib. 4. sentent. §. Emphyteusis, q. 34.* Cald. *de nominatione, quæst. 24. n. 76.* Rebel. *2. p. lib. 13. quæst. 17. n. 8.* & relatis multis Ricius *in praxi fori Ecclesiastici, decis. 126.* At secundum praxim Hispaniæ testatur Rebelus citatus, extendi tantùm eam concessionem ad nepotes primi acquirentis, sive absolutè, sive apposita dictione, *ejus*, facta sit.

Quarto dividitur Emphyteusis in eam, quæ dicitur nominationis, & eam, quæ nominationis non est. Emphyteusis nominationis est, quæ conceditur alicui cum potestate nominandi aliam, aut alias personas, quæ in eam succedant. Hæc ordinariè conceditur ad tres vitas, seu pro tribus personis cum facultate, ut prima possit nominare secundam, & secunda tertiam, & semper est ex pacto, & providentia: unde non oportet, ut qui in eam ex vi nominationis successurus est, sit hæres nominantis; potestque concedi vel absolutè cum libera potestate nominandi quamcunque personam, etiam extraneam: vel cum restrictione ad certum genus personarum, ut ad filios, vel alios, qui in ipsa concessionis forma expresse, aut tacitè fuerunt designati. Dixi, *concedi ordinariè ad tres vitas*: nam ad plures etiam concedi potest, & aliquando etiam in perpetuum 89

tuum conceditur cum facultate, ut quilibet ejus possessor possit nominare successorem. Quando autem conceditur ad tres vitas, seu personas, prima vita, seu jus illius durat, quandiu vivit prima persona, esto, ea vivente, translata sit Emphyteusis ad alias personas; & mortuâ illa primâ personâ, incipit secunda vita in ea persona, quæ tunc Emphyteusim possidet; & similiter secunda vita durat, quandiu hæc secunda persona vivit; nec tertia vita incipit, donec eadem secunda persona moriatur, nihil obstante, quòd interim, dum tales personæ vivunt, alienata sit Emphyteusis in plures alias personas successivè, ut habetur apud *Ordin. Lusit. lib.* 3. *tit.* 38. §. 3. & infra suo loco à nobis explicandum est. Emphyteusis non nominationis est, quæcunque conceditur sine facultate nominandi successorem ad illam, unde potest esse Hæreditaria simpliciter, vel mistè, vel ex Pacto & Providétia; item Perpetua, aut Temporalis, prout à domino fuerit concessum: nam latè per omnes species supra explicatas vagatur, nec aliquam conditionem respuit, præter solam facultatem nominandi.

90 Quinto, & ultimo dividitur Emphyteusis quasi ratione statûs in Novâ, & Antiquam. Nova est, quando denuò alicui conceditur sine respectu ad aliam priorem concessionem. Antiqua est, quando cùm prius alicui fuisset concessa, jam ad alium devenit ex vi prioris concessionis, seu investituræ; vel etiam quando sub eisdem pactis renovatur; maximè si talis renovatio non fiat ex mera gratiâ domini directi, sed ex obligatione. Quâ de re latè Caldas *de renov. q.* 1. *à n.* 3. *&* *q.* 3. *à n.* 2. *&* *q.* 4. *à n.* 1. Pro feudis etiam notat Mol. *disp.* 472. *n.* 1. cùm concedi soleant pro aliquo, & ejus descendentibus masculis, quando feudum est in primo, cui fuit concessum, dici Novum; quando verò inde dirivatum est ad alium de ejus prosapia, dici tum Antiquum, tum etiam paternum, sive is, in quem transit sit descendens ultimi possessoris, sive agnatus, dummodò sit descendens primi possessoris, qui, cùm sit caput, & pater totius cognationis, ad illum principaliter respicitur; & propterea feudum ab eo dirivatum paternum appellatur. Hujus divisionis, ac partium ejus cognitio etiam est valde utilis, & necessaria propter multa, in quibus Nova, & Antiqua Emphyteusis diverso jure censentur, ut in progressu hujus materiæ patebit. Atque in eo præcipuè hoc discrimen apparet, quòd Emphyteusis Antiqua, quando renovatur, semper intelligitur cõcessa, & renovata secundùm naturam, & qualitatem primi contractûs, ut optimè probat Cald. *d. q.* 3. *n.* 3. *& seqq.* Emphyteusis autem Nova non respicit aliquem priorem contractum, aut investituram, per quam reguletur, sed regulari, & exponi debet juxta formam concessionis, quâ de novo conceditur.

DISPUTATIO SECUNDA:

De rebus, quæ dari possunt in Emphyteusim.

SECTIO PRIMA.

Utrùm Emphyteusis super omnibus, & solis rebus immobilibus consistere possit?

SUMMARIUM.

Res incapaces contractus Emphyteutici, aut tales sunt ex sua naturâ, vel ex aliqua lege prohibente eas dari in Emphyteusim. n. 1.

Emphyteusis super solis rebus immobilibus consistere potest. n. 2.

Super quibuscumque rebus verè, ac propriè immobilibus potest consistere Emphyteusis. n. 3.

Si reperiatur concessum esse in Emphyteusim olivetum, intelligitur in dubio esse concessam terram olivis consitam. num. 4.

Unde in dicto casu, destructo oliveto, manet nihilominùs Emphyteusis in ipso fundo. Quando autem Emphyteusis in solis arboribus fuerit constituta, solum durabit, quandiù arbores in fundo extiterint. ibidem.

Utrùm Emphyteusis possit constitui in redditibus annuis? n. 5.

Feudum in annuis reditibus collocari potest. ibidem.

Navis in Emphyteusim dari non potest; neque etiam Emphyteuticari possunt jura, & actiones, n. 6.

1 Duplici ex capite dubitari potest, an res aliquæ dari possint in Emphyteusim, necne? Vel ex parte ipsius Emphyteusis, quòd suaptè naturâ in quibusdam rebus possit consistere, non verò in alijs: vel ex parte ipsarum rerum, quod per aliquam legem, aut per hominem Emphyteuticari prohibeantur, quamvis secundùm se Emphyteutici contractus sint capaces. De prioribus dicemus in hac sectione; de posterioribus in sequentibus. Quærimus igitur in præsenti, utrùm Emphyteusis suaptè naturâ consistat, & salvetur in omnibus, & solis rebus immobilibus? Quam quæstionem latè, & eruditè, ut solet, tractat Valascus *de jure Emphyt. q. 12. per totam.*

Pro resolutione sit prima conclusio. Emphyteusis super solis rebus immobilibus consistere potest. Ita cum communi sententia Valasc. *proximè citatus n. 1.* Mol. *disp. 445. num. 1.* & Azor *p. 3. lib. 10. c. 3. de Emphyt. q. 5.* Probatur, quia in jure civili, à quo contractus Emphyteuticus suam peculiarem vim, ac naturam sortitus est, solæ res immobiles pro ejus materia reperiuntur assignatæ, ut constat ex §. *adeo Inst. de location. & ex l. 2. Cod. de jure Emphyt.* ibi: *prædijs Emphyteuticarijs; & ex Authent. de alienat. & Emphyt. §. licentiam.* Quod est manifestum signum fuisse tantùm admissum, & approbatum hujusmodi contractum super rebus immobilibus, nec posse secundùm jus super mobilibus consistere. Unde in ejus definitione dictum est *supra sect. 1. præcedentis disputationis*, esse contractum, *quo res immobilis quo ad utile dominium conceditur, &c.* 2

Secunda conclusio. Emphyteusis potest consistere super quibuscunque rebus verè, ac propriè immobilibus. Ita supponunt supra citati Doctores, & expresse Valasc. *d. n. 1.* Licet enim prima

prima hujus contractus institutio fuerit super prædijs, ut colligitur ex *d. §. adeo*, ibi, *ut ecce de prædijs*; usus tamen postea obtinuit, ut etiam super alijs proprietatibus celebraretur, ut super domibus, castris, & cæteris rebus immobilibus. Unde cum arbores, vites, & similia dum solo cohærent, inter immobilia numerentur, fit, ut in his quoque possit consistere Emphyteusis, etiam secluso, ac minime comprehenso fundo, ut notat idem Valasc. *n.* 4. Azor *dicto c.* 3. *q.* 6. & Mol. *d. n.* 1.

4 Si autem in instrumento Emphyteutico reperiatur concessum fuisse in Emphyteusim olivetum situm in tali loco, docet bene idem Valasc. *n.* 3. intelligi in dubio de terra olivis consita, utpotè immobiliori, non vero de solis arboribus; pro qua sententia refert Baldum *in l.* 1. *num.* 12. *Cod. de jure Emphyt.* & Jasonem *ibidem num.* 101. eamque à simili probat; nam qui legat nucem, videtur legare etiam solùm, cui cohæret, & viam, juxta Glossam, Barth. Imolam, & alios *in l. si fundum sub conditione*, *§. qui fundum, ff. de legatis.* 1. & legata vinea, venit etiam solum, ubi est sita, ut per Paulum, & modernos *in l. si quis legaverit*, *ff. de legat.* 1. *& in d. §. qui fundum.* Unde in casu proposito, destructo oliveto, manet nihilominus Emphyteusis in ipso solo, ut etiam permanebit, quando fuerint exsiccatæ, vel demolitæ vineæ, quæ in Emphyteusim concessæ sunt, ut cum Mantica, & alijs notat Leotard. *de usuris. q.* 57. *num.* 55. Quando autem Emphyteusis in solis arboribus fuerit instituta, durabit quandiu arbores in fundo extiterint, ut cum eodem Baldo, & Jasone tradit idem Valascus *num.* 4. qui tamen bene addit, si arbores veteres fuerint resecatæ, ita ut aliæ ex eis pullulent, duraturam adhuc Emphyteusim; quia cùm non sit emortua radix, non est omninò extincta res Emphyteutica.

5 Tertia conclusio. Emphyteusis consistere non potest in rebus, quæ non sunt res soli, & propriè immobiles, sed tantùm quasi immobiles: cujusmodi sunt reditus annui perpetui, vel ad vitam, vel ad longum tempus, ut ad decennium, & ultra. Hæc conclusio non est tam certa sicut præcedentes; oppositum namque tenet Tiraquel. *de retractu lignag. Glossa* 1. *§.* 6. *num.* 10. & potest contra illam argui, quia feudum non solùm consistit in rebus solo cohærentibus, sed etiam in annuis reditibus, ut est textus expressus *in cap. unico*, *vers. sciendum*, *de feudi cognitione*, *lib.* 2. *feudorum*; ubi Afflictis *col.* 1. *cum seqq.* & alij, estque communis sententia. Nihilominus tradita conclusio magis placet Valasc. *dicta q.* 12. *sub num.* 6. *§. cæterùm in prædictis*, ubi pro eadem citat Petrum Jacobinum, quam etiam firmat Azor *dicto cap.* 3. *in fine.* Fundamentum est, quia jura de Emphyteusi loquentia in solis rebus propriè immobilibus, ac solo cohærentibus eam agnoscunt, & admittunt, ut videre est *in dicto §. adeo*, & alijs textibus supra citatis. Neque à feudo valet argumentum ad Emphyteusim, ubi jus repugnat. Et quo ad præsens longè diversa ratio est in feudo; quia non datur ad meliorandum, sicut Emphyteuses regulariter, & juxta suam primariam institutionem dari solent: melioratio autem, & cultura in solis rebus loco adhærentibus locum habet. Fatetur autem Valasc. *n.* 8. se aliquando vidisse constitutam Emphyteusim sub certis pensionibus Emphyteuticis pecuniarijs, quæ vulgò nuncupabatur, *Prazo de foros sabidos*, quam tamen ipse dixit veram Emphyteusim non esse.

6 Ex dictis colliges, non posse navim dari in Emphyteusim, ut cum alijs notat Valascus *supra num.* 9. quia non est res immobilis. Item non posse Emphyteuticari jura, & actiones, quia nec mobilibus, nec immobilibus bonis annumerantur; sed tertiam quandam bonorum speciem constituunt, *l. à D. Pio*,

§. in venditione, ff. de rejudicata, l. quam Tuberonis, §. in peculio, ibi, *hoc amplius nomina debitorum, ff. de peculio*, & utrobique scribentes communiter. Quòd, si sequaris doctrinam aliquorum DD. asserentium cum quibusdam Glossis, jura, & actiones, quæ competunt ad res immobiles, immobilibus adnumerari, etiam in hac doctrina (quam dubiam esse merito affirmat Valascus *supra n. 10.*) admitti non debet posse talia jura, & actiones in Emphyteusim dari; tum quia non sunt res solo adhærentes, in quibus tantùm Emphyteusis subsistit; tum etiam, quia quòd vicem rei immobilis habeant fictione quadã inductum est: Emphyteusis autem rem, quæ verè sit soli, desiderat. Ita Valasc. *dicto n. 10. §. quod si dixeris, & seq.*

SECTIO SECUNDA.

An, & quomodò res Ecclesiasticæ possint dari in Emphyteusim?

SUMMARIUM.

Alienatio bonorum Ecclesiasticorum immobilium, & pretiosorum mobilium, etiam quoad solum dominium utile, prohibita est, præterquam in certis casibus, & cum certis solemnitatibus in jure expressis. num. 7.

Res Ecclesiasticæ non possunt denuò in Emphyteusim concedi absque legitima causa, & solemnitatibus ad immobilia bona Ecclesiæ alienanda in jure requisitis; & concessio aliter facta est nulla. n. 8.

Quæ sit ista legitima causa, & quæ istæ solemnitates? n. 9. & 10.

Vtrùm etiam requiratur consensus summi Pontificis? Respond. negativè, præterquam ad alienanda bona mensæ episcopalis, & quomodò id intelligatur? num. 11. & seqq.

7 INter res, de quibus dubitari solet an ex parte ipsarum obstet aliqua, juris prohibitio, quominus in Empyhteusim dari possint, primum locum obtinent res Ecclesiasticæ. Et ratio de illis dubitandi est, quia jure canonico, imo & civili, prohibetur omnis alienatio bonorum Ecclesiæ immobilium, & pretiosiorum mobilium, preterquàm in certis casibus, & cum certis solemnitatibus in eodem jure expressis: dari autem rem Ecclesiasticam in Emphyteusim est quædam species alienationis in illa prohibitione comprehensa, cùm per Emphyteusim reverà alienetur res immobilis quoad utile dominium, directo tantùm retento. Et ita expresse habetur *in cap. nulli, de rebus Ecclesiæ non alienandis*, ubi nomine alienationis bonorum Ecclesiasticorum, quæ ibi prohibetur comprehendi dicitur contractus Emphyteuticus perpetuus; & in *Extravagant ambitiosæ, de rebus Ecclesiæ non alienandis, inter communes*; ubi inter alias species alienationis bonorum Ecclesiæ, quæ ibi exprimuntur, absolutè prohibetur contractus Emphyteuticus, præterquã in casibus à jure permissis, ac de rebus, & bonis in Emphiteusim ab antiquo concedi solutis, & tunc etiam Ecclesiarum evidenti utilitate.

8 Ad propositam igitur quæstionem sit prima assertio. Res Ecclesiasticæ non possunt denuò in Emphyteusim concedi absque legitima causa, & solemnitatibus ad immobilia bona Ecclesiæ alienanda in jure requisitis, & concessio aliter facta est nulla. Tota assertio habetur expresse *in dicta Extravaganti, ambitiosæ*, estque communis Doctorum, etiam ex alijs juribus, & patet, quia concessio Emphyteusis continet alienationem rei immobilis, quæ quoad dominiũ utile in alium transfertur: omnis autem alienatio rei immobilis Ecclesiasticæ, non solum est prohibita, sed etiam nulla, si fiat absque

absque ligitima causa, & solemnitatibus in jure requisitis. Quæ sit hæc causa, & quæ istæ solemnitates, attigimus *disp. 1. de Censu, sect. 5. §. 1. n.* 45. Sed, & hic breviter sunt perstringendæ.

9 Causa igitur est quadruplex, nimirum Ecclesiæ necessitas, aut utilitas, aut quod res sit damnosa ipsi Ecclesiæ, aut quod pietas, seu misericordia eam alienari exposcat; quæ omnes ad duas tantùm revocari possunt; ad utilitatem scilicet, & ad pietatem, ut bene advertit Soar. *tomo 4. de Relig. tract. 8. lib. 2. cap. 27.* Et quod aliqua ex his causis requiratur, constat apertè *ex cap. sine exceptione 12. q. 2.* & ex alijs textibus juris canonici, quos citato loco de Cēsibus allegavimus, qui etiam apud Soar. proximè citatum, & alios infra citandos videri possunt.

10 Solemnitates autem, quæ tamquam forma necessaria simul postulantur, sunt tractatus, mutuave cōsultatio Capituli, aut Conventus, quando Ecclesia, cujus sunt bona alienanda, est cathedralis, aut collegiata, vel conventualis; & post hunc tractatum, assensus, & subscriptio ipsius Capituli, Collegij, aut Conventus, simulque authoritas, seu consensus Prælati, id est, Episcopi, quando bona sunt Ecclesiæ sæcularis, ejusve jurisdictioni subjectæ: aut Prælati regularis, quando bona sunt Monasterij, vel Ecclesiæ regularis à jurisdictione Episcopi exēmptæ. Per Prælatum autem regularem intellige. Provincialem, aut Abbatem generalem, ita ut non sufficiat consensus Prælati localis cum suo conventu, sed necessarius etiam sit consensus Provincialis, vel Generalis, quem habet loco Episcopi. Quo pacto etiam ad alienanda bona Ecclesiæ collegiatæ non sufficit consensus Rectoris, seu Præsidis talis Ecclesiæ cum suo collegio, nisi etiam accedat consensus proprij Episcopi.

Quando autem bona alienanda fuerint Ecclesiæ particularis Conventum non habentis, sufficit consensus particularis Rectoris, seu administratoris ipsius Ecclesiæ, & authoritas Episcopi, cui subjecta est: prout hæc omnia latè tradunt, & explicant Soar. *dicto c. 27.* Mol. *tomo 1. de justitia, disp.* 468. Filiucius *in appendice, tract. 44. cap. 5.* Bonac. *to. 1. de alien. bonor. Eccles. punc. 3. & 4.* Tambur. *tomo 3. de jure Abbatum disp. 13. q. 4. & 8.* qui prædicta omnia ex varijs juribus desumunt. Unde quando res Ecclesiasticæ alienantur interveniēte aliqua ex dictis quatuor causis, & cū prædictis solemnitatibus, tunc ea alienatio fieri dicitur *in casibus à jure permissis, seu in jure expressis*: pro quibus jus non prohibet alienari rem Ecclesiasticam immobilē, aut mobilē pretiosam.

11 Præter has solemnitates, volunt multi Recentiores, requiri consensum Summi Pontificis, ita ut sine illo nec liceat, nec valeat, saltem regulariter, prædictarum rerum Ecclesiasticarum alienatio, etiam ex causa, & cum solēnitatibus prædictis, & nituntur verbis *d. Extravag. ambitiosæ*, ibi, *inconsulto Romano Pontifice*. Sed hanc sententiam latè impugnavimus, & contrariam cum gravissimis Doctoribus defendimus *dicta disp. 1. de Censu, sect. 5. à num.* 47.

12 Excipienda tamen sunt bona immobilia spectantia ad mensam Episcopalem, vel Archiepiscopalem; quæ quidem absque Summi Pontificis consensu alienare non potest Episcopus, vel Archiepiscopus, etiam ex prædictis causis, & cum consensu sui Capituli, propter juramentū, quod ante suam consecrationem præstant, cujus forma sic habet, in fine. *Possessiones verò ad mensam meam pertinentes non vendam, neque donabo, neque impignorabo, neque de novo infeudabo, vel aliquo modo alienabo, inconsulto Romano Pontifice, etiam cum consensu Capituli mei.* Circà hoc autem juramentum observat Molina *disput.* 468. *num.* 8. quando alienatio aliàs esset valida, quod ad illam concurreret legitima causa, & solemnitas à jure statuta, non impediri ejus valorem ra-

tione

rione hujus juramenti, esto fuisset facta sine consensu Summi Pontificis; quia talis juramenti observatio non est de numero solemnitatum, quæ necessariæ sunt, ut alienatio sit valida.

13 Quin etiam non desunt, qui sentiant non obstare dictum juramentum, quominus Episcopi licitè possint alienare illa bona, inconsulto Summo Pōtifice in casibus aliàs in jure permissis. Nostra tamen sententia oppositum docens, est communiter recepta; ut testatur Joannes Andreas, Panorm. & alij. quos citant, & sequuntur Azor *part.* 2. *lib.* 9. *c.* 1. *q.* 9. *vers. altera sententia*, & Molina *supra.* Et ita in praxi tenenda est, præterquam in aliquo casu notabilis necessitatis, qui locum non daret recurrendi ad Summum Pontificem, ut idem Panormit. Mol. & cæteri cōmuniter admittunt. Et fortè ad solam obligationem hujus juramenti respexit Paulus II. *in d. Extravag. ambitiosa*, dum graves pœnas imposuit alienantibus bona Ecclesiastica, inconsulto Romano Pontifice, ut videtur intellexisse Azor *dicto vers. altera sententis, & seqq.* & Navar. à nobis citatus, & explicatus *dicta disp.* 1. *de Censu*, *sect.* 5. §. 1. *n.* 50. Quo loco per totum illum §. plura in hanc rem diximus.

Notantur aliqua circa alienationem bonorum Ecclesiasticorum, ex quibus prædicta assertio amplius declaratur.

§. I.

SUMMARIUM.

An saltem pro foro conscientiæ valeat alienatio bonorum Ecclesiasticorum facta absque solemnitatibus juris? n. 14.

Ad valorem talis alienationis non requiritur quod causa sit vera, & legitima, sed satis est, quod talis à contrahentibus existimetur. ibidem.

Quando in alienatione servatæ fuerunt solemnitates juris, præsumitur intervenisse causam legitimam; Ecclesia tamen admittitur ad probandum eam non intervenisse. n. 15.

Pœna absolutè lata in alienantes solùm comprehendunt eos, qui rem alienant per contractum, quo totum dominium transfertur. n. 16.

Qui extra casus à jure permissos solùm impropriè alienant res Ecclesiasticas, ut per contractum Emphyteuticum, & similes, quibus non transfertur totum dominium, non videntur incurrere pœnas latas in Extravag. ambitiosa, nisi tantùm excommunicationem. n. 17.

Eam Extravag. non esse receptam quò ad pœnas nonnulli tradunt. ibidem.

Quas pœnas incurrant prælati regulares alienantes bona immobilia, vel mobilia pretiosa suorum Conventuum, extra casus à jure permissos? n. 18.

Non esse necessariam licentiam Summi Pontificis ad talem alienationem, nisi extra dictos casus. ibidem.

Dicta pœna non incurruntur, antequam alienatio per traditionem perficiatur. ibidem.

Concluditur ex prædictis, quid tenendum sit, quando agitur de rebus Ecclesiasticis de novo in Emphyteusim concedendis. n. 19.

Notandum hîc etiam est, quod licet communis DD. sententia sit, ad validam alienationem rerum Ecclesiasticarum immobilium, vel mobilium pretiosarum, requiri omninò causam, & solemnitatem prædictam, ut videre est apud Covar. 2. *variarum*, *cap.* 17. *n.* 2. Mol. *d. disp.* 468. *n.* 15. & Soar. *tomo* 4. *de Religione tract.* 8. *lib.* 2. *c.* 27. attamen non desunt Authores, qui oppositum credant, saltem pro aliquo foro. Nam quod pro foro conscientiæ non requi- 14

ratum

ratur solemnitas juris, sed sufficiat causa legitima, cum consensu eorum, quorum interest, seclusa fraude, ac dolo; tenet Navar. *de alienat. rerum Ecclesiasticarum*, *n.* 17. & Azor alios referens, & dicens esse communem sententiam, *part.* 2. *lib.* 9. *c.* 1. *q.* 8. §. *secundum dubium*; & idem tenere debent multi alij à nobis relati *tract. de contract. in genere*, *disp.* 3. *sect.* 7. *vers. his ita constitutis*, qui absolutè docent validum esse pro foro conscientiæ quemlibet contractum, in quo interveniunt omnia, quæ secundum jus naturæ ad ejus valorem requiruntur, etiam si fiat absque forma, & solemnitatibus juris positivi. Sunt etiam, qui è contrario censeant, solam dictam solemnitaté, seu formam requiri, & sufficere, ut alienatio ipso jure teneat, quamvis causa legitima non subsit, posse tamen Ecclesiam, si læsa sit, in integrum restitui. Ita Glossa *in summa* 12. *q.* 2. *& in d. cap. sine exceptione*, *eadem* 12. *q.* 2. *verb. profuturum*, & quidam alij, quos refert, & refellit Covar. *supra.* Ex quibus sententijs; prima aliquam habet probabilitatem, saltem propter authoritaté Doctorum, qui eam sequuntur. Secunda est omninò falsa: & utraque sufficienter excluditur, tum ex alijs juribus, tum maximè ex *dicto cap. sine exceptione* 12. *q.* 2. *& ex dict. Extravag. ambitiosæ*, *de rebus Ecclesiæ non alienandis*, *inter communes.*

Adverte autem ad valorem alie-
15 nationis non requiri, quod causa re ipsa sit vera, & legitima, sed satis esse, quod talis à contrahentibus existimetur, quando fit alienatio, ut cum Glossa *in cap. ad nostram*, *de rebus Ecclesiæ non alienandis*, & alijs docent Covar. *d. num.* 2. & Mol. *d. num* 15. Quibus consentit Soar. *loco cit. de Religione*, *cap.* 28. *n.* 17. Item quando constat servatam fuisse debitam solemnitatem, præsumitur intervenisse etiam causam legitimam: Ecclesia tamen admittitur ad probandum, eam non intervenisse, quia illa præsumptiō non est juris, & de jure. Ita Covar. & Mol. *proximè cit.* cum Glossa *in Authent. hoc jus porrectum*, *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, Baldo, Jasone, & aliis.

Nota præterea, quamvis alienan- 16
tibus bona Ecclesiastica extra casus in jure permissos, vel absque licentia Sūmi pontificis, graves pœnæ imponantur per constitutiones Apostolicas, ac præsertim per *d. Extravag. ambitiosæ*, tamen hujusmodi pœnis, quando absolutè contra alienantes sunt latæ, non comprehendi eos, qui impropriè, & lato modo alienant, ut qui rem servituti, pignori, aut hypothecæ subjiciunt, aut eam Emphyteuticant; vel ad longum tempus locant, aut usumfructum in ea constituunt; sed tantum eos, qui rem propriè, & strictè alienant quoad totum dominium, quod in ea habent, ut vendendo, donando, aut permutando illam. Quia in pœnalibus, & odiosis nomine alienationis absolutè, & simpliciter dictæ, solum veniunt alienationes propriè, & strictè acceptæ, ut bene docent Covar. 2. *variarum*, *c.* 16. *n.* 2. Pinel. *in l.* 1. *C. de bonis maternis*, *p.* 3. *sub n.* 64. *vers. illa tamen*, Mol. Jurista *lib.* 1. *de primogen. c.* 20. *n.* 23. Cald. *de renovat. q.* 16. & alij, quos refert, nec refellit Valasc. *de jure Emphyt. quæst.* 29. *num.* 23.

Unde quamvis *in d. Extravag. ambi-* 17
tiosæ non solùm prohibeantur sub excommunicatione latæ sententiæ propriæ, & rigorosæ alienationes bonorū Ecclesiasticorum, sed etiā impropriæ, ut hypotheca, infeudatio, contractus Emphyteuticus, & similes, ac etiam locatio ultra triennium: attamen aliæ pœnæ, quæ in eadem constitutione alienantibus imponuntur, solùm videntur cōprehendere eos, qui dicta bona propriè, ac stricto modo alienaverint: quia solùm videntur fieri in alienantes simpliciter, ut satis ex ipso contextu ejusdem constitutionis intelligitur. Nam postquam Pontifex in ea prohibuit,

buit, & irritavit dictas omnes alienationis species, & excommunicationem imposuit tam in eum, qui contra tenorem illius constitutionis alienare præsumeret, quam etiam in eum, qui res taliter alienatas reciperet; sic deinceps ad alias pœnas progreditur. *Alienanti verò bona Ecclesiarum, monasteriorum, &c. si pontificali, vel abbatiali perfulgeat dignitate, ingressu Ecclesiæ sit penitus interdictus, & si per sex menses, &c.* Ubi considero illam adversativam, *alienanti verò*, quæ mihi sane indicat accipi ibi alienationem in sensu aliquo modo diverso, id est, magis stricto, & proprio, quam in superioribus, ubi tam propria, & stricta alienatio, quam impropria, & lato modo, prohibetur, irritatur, & punitur. Quæ procedunt, ubi illa Extravagans plenè recepta est, & in suo vigore permanet. Non enim ubique viget. Et verò solum quoad nullitatem contractuum, non autem quoad pœnas receptam esse tradit Gabr, Pereira *decis. 95. n. 9. fine.* ex Castillo. Avendan. Gutter. & Cenedo, quos ibi refert.

18 Adverte tamen, prælatos regulares Europæ alienantes ullo modo dicta bona immobilia, vel mobilia pretiosa, extra casus in jure permissos, si id fecerint absque licentia sacræ Congregationis Cardinalium Concil. Trid. interpetrum, præter pœnas aliàs taliter alienantibus impositas, incurrere etiam ipso facto pœnam privationis quorumlibet officiorum, & vocis tam activæ, quàm passivæ, ac perpetuæ inhabilitatis ad alia in posterum obtinenda, non obstantibus quibuscumque privilegijs, ipsis regularibus concessis, ut decernitur in quodam decreto ejusdem Cōgregationis, jussu Vrbani VIII. edito, die septimo Septembris anni 1624. Quod decretum ad verbum refer Tamburinus *tomo 3. de jure Abbatum, disp. 13. quæsito. 6. in fine.* Ex cujus decreti tenore clarè colligitur, & confirmatur, quod superius dixi, nimirum, ad alienandum bona Ecclesiæ in casibus à jure permissis, non requiri consensum, aut consilium Summi Pontificis, secluso juramento non alienandi, eo inconsulto; cùm in hoc decreto strictissimè prohibeatur quælibet alienatio immobilium, vel mobilium pretiosiorum, absque licentia dictæ Congregationis, apposita expresse limitatione, *præterquam in casibus à jure permissis.* Adverte præterea, dictas pœnas non incurri, antequam alienationis contractus per traditionem rei perficiatur; ut bene Navar. *consil. 13. de rebus Ecclesiæ non alienandis*, Covar. *2. variar. cap. 16. n. 7.* Filiucius, & alij apud Tamburinum *d. disp. 13. quæsito 12. n. 2.*

Ex quibus pro præsenti instituto 19
constat non posse res Ecclesiasticas de nouo in Emphyteusim dari, & concedi, nisi cum causa, & solemnitatibus in jure expressis: sufficere autem causam esse prudenter existimatam: aliàs contractum evadere nullum; & insuper, si res pertineat ad mensam Episcopi, alteriusve Prælati, qui juramentū præstiterit, se nullo modo res alienaturum, Summo Pontifice inconsulto, non satis esse prædictam causam, & solemnitates intervenire, ut licitè eas possit in Emphyteusim concedere; sed requiri omninò ex vi illius juramenti, ut prius Summum Pontificem consulat; quamvis, si id omittat, contractus nihilominus teneat. Ac denique, si quis absque dicta causa, seu extra casus à jure permissos dicta Ecclesiæ bona in Emphyteusim concesserit, aut receperit, incidere in excommunicationem; ubi dicta Extravag. *ambitiosæ*, viget (in multis enim locis receptam per omnia non esse, saltem quoad pœnas, constat ex multis, & gravissimis Doctoribus, quorum testimonia retulimus *disput. 1. de Censu, sect. 5. §. 1. n. 47.*) & si fuerit Prælatus regularis, incurrere ulterius privationem suorum officiorum, & vocis tam activæ, quàm passivæ, ac perpetuam inhabilitatem ad alia in poste-

posterum obtinenda, dummodò infra fines Europæ existat.

Rem Ecclesiasticam solitam Emphyteuticari, posse iterum dari in Emphyteusim: & quid ad hoc requiratur.

§. II.

SUMMARIUM.

Res Ecclesiastica, quæ solita sunt Emphyteuticari, possunt iterum in similem Emphyteusim concedi absque prædictis solemnitatibus, dummodò adsit justa causa, & nondum ad mensam Ecclesiæ pleno jure redijssent. n. 20.

Ampliatur præcedens resolutio, etiam si talis Emphyteuticatio facienda sit per Episcopos, vel Abbates, qui jurant de non alienandis, vel Emphyteuticandis bonis suæ mensæ, inconsulto Romano Pontifice. ibidem.

Quid in hoc regno Lusitaniæ observetur, & observari debeat, ex sententia Caldæ Pererij, quando res Emphyteuticari solita, iterum Emphyteuticatur, seu Emphyteusis finita renovatur? n. 21.

Fundamentum, quo hæc sententia nititur. n. 22.

Sententia Authoris, & responsio ad fundamentum contrariæ sententiæ. n. 23.

Res Ecclesiastica Emphyteuticari solita non potest absque juris solemnitate concedi iterum in Emphyteusim dissimilem, quæ modum prioris excedat. n. 24.

Vtrùm, si talis concessio fiat, sit valida secundùm partem, quæ primam concessionem non excedit? n. 25.

Quid requiratur, ut res censeatur Emphyteuticari solita? n. 26.

Quid requiratur, ut res, quæ erat Emphyteuticari solita, censeatur redijsse pleno jure ad mensam Ecclesiæ, ad effectum, ut non possit iterum Emphyteuticari absque juris solemnitatibus. n. 27.

Si prælatus post finitam Emphyteusim differat per annum applicare mensæ Ecclesiæ ipsam rem Emphyteuticam, eo ipso applicata censetur ad prædictum effectum. ibidem.

Vtrùm debitum sit, finita Emphyteusi, rem iterum in similem Emphyteusim concedere? ibidem remissivè.

Secunda assertio. Res Ecclesiasticæ, quæ solitæ sunt Emphyteuticari, possunt iterum in similem Emphyteusim concedi, absque prædictis solēnitatibus, modo adsit justa causa, & nōdum ad mensam Ecclesiæ pleno jure redijssent, legitimeque in ea incorporatæ existant. Ita sumitur *ex d. Extravag. ambitiosæ*, ubi cū bona Ecclesiæ Emphyteuticari prohibeantur expresse excipiuntur, quæ ab antiquo Emphyteuticari consuevere, quando in evidentem Ecclesiæ utilitatem id cedat, id est, absque ambiguitate è re Ecclesiæ futurum judicabitur. Et hæc est communis sententia, quam tuentur Panor. *in c. super, de rebus Ecclesiæ non alienand.* Mol. *disp.* 468. *n.* 18. Azor *p.* 3. *lib.* 10. *c.* 3. *de Emphyt. q.* 2. Ricius *in praxi fori Ecclesiast. decis.* 125. & *post decis.* 136. *sub tit. notabilia, in materia de Emphyt. paulò ante fin.* Tambur. *tom.* 3. *de jure Abbat. disp.* 14. *quæst.* 7. & quamplures alij, quos referunt. Probatur, quia quando res, quæ solita est Emphyteuticari, rursum conceditur alteri personæ in Emphyteusim, ante quam mensæ Ecclesiasticæ incorporata sit, talis cōcessio non censetur alienatio, sed continuatio alienationis prius factæ, nō incorporādo rem illam mensæ; & ideo nō indiget ea solemnitate, qua primò fuit alienata, sed sufficit authoritas prælati, seu ejus, ad quem pertineret eam alienare, si nulla solemnitas à jure postularetur. Confirmatur *ex c.* 1. juncta Glossa, ibi, *per quos fiat investitura*, ubi dicitur minorē viginti quinque annorū, qui absque certis solemnitatibus alienare non potest, posse tamē investire de feudo antiquo ad se reverso, quòd tunc nō 20

alienet, sed tantũ quod à suis maioribus fuerat alienatum, confirmet. Unde infert bene Panorm. & Molina *sup.* juramentum, quo Episcopi, & Abbates jurant de non alienandis, vel Emphyteuticandis bonis suæ mensæ, inconsulto Romano Pontifice, non intelligi de bonis Emphyteuticari solitis antequam eorum mensæ rursus incorporentur.

21 Cæterùm quamvis communis sententia sit, quod ad renovandam, ac rursum concedendam antiquam Emphyteusim non est necessaria solemnitas, quę ad denuò Emphyteuticandũ requiritur, ut præter citatos Authores tenent Gama *decis.* 36. *num.* 6. *& decis.* 161. *in fine*, *& decis.* 342. *num.* 1. in qua ultima decis. loquitur nominatim de Emphyteusi Ecclesiastica, & multi alij, quos refert Cald. *de renov. Emphyteusis, q.* 14. *n.* 4. Attamen idem Caldas *num.* 3. affirmat contrarium observari in hoc regno, etiam juxta constitutiones synodales, quod nimirum, finita ultima generatione, reque Emphyteutica ad dominum reversa, seu devoluta quando renovatio fit descendenti, aut hæredi ultimi possessoris, novus intercedat tractatus, resque Emphyteutica per arbitratores electos ex partium consensu denuò inspiciatur, ac bonitas Emphyteusis expendatur, justaque pensio taxetur; & tandem novus domini consensus, & solemnis scriptura accedat. Quam praxim, & formam renovandæ Emphyteusis distinctius tradit *infra q.* 20. *n.* 2. allegans pro eadem constitutiones Ecclesiæ Bracharensis, & Olyssiponensis, simulque explicans, quomodò hac in re se habeant Ecclesiæ particulares, & Conventus regularium, antequã renovatio, & nova investitura concedatur. Et tam ex hac praxi, quam etiam secundùm jus commune verius credit, ad antiquam Emphyteusim renovandã necessariam esse solemnitatem, quæ ad primam ejus concessionem requiritur, sic docet *d. q.* 14. *sub n.* 3. ubi pro eadem sententiã refert Geminianum, & Innocentium, & referre etiam poterat Covar. 2. *variarum cap.* 17. *n.* 4. qui non aliter admittit posse rem Ecclesiæ Emphyteuticari solitam in Emphyteusim concedi, quam cum solemnitate, qua Emphyteuticari consuevit.

Fundamentum, quo Caldas nititur præter dictam praxim, & consuetudinem hujus regni est, Primò, quia consensus, & aliæ solemnitates, quæ in prima concessione interveniũt, solũ respiciunt tẽpus, pro quo Emphyteusis tunc conceditur: unde eo finito, cũ status rei possit, & soleat esse valde mutatus, nova, ac distincta solẽnitas necessaria est, ut res iterum in Emphyteusim cõcedatur. Secundò, & principaliter, quia renovatio Emphyteusis est novus, ac distinctus contractus emphyteuticus, & non prorogatio, ac redintegratio prioris, argumento textus *in l. sed si manente, ff. de precario*, ibi, *si verò præterita die rogas, proprius est, ut soluta jam causa precarij, non redintegretur, sed nova causa constituatur*: alioquin non oporteret terras, & possessiones emphyteuticas denuò per arbitratores inspici, nec pensio augeretur, aut minueretur; cujus tamen oppositum habet praxis; quo fit, ut renovatio simpliciter differat à prima cõcessione, atque adeò, ut sit novus contractus emphyteuticus, & nova indigẽs solẽnitate. 22

23 Nihilominus tamen recedendũ non esse à cõmuni sententia, etiam pro regno Lusitaniæ, sentit bene Mol. *d. disp.* 468. *n.* 18. *ad finem*, cum ab Authoribus etiam Lusitanis comprobata sit. Atque eò credit spectare dictã praxim, & cõsuetudinẽ hujus regni, ut exploretur, nũ Emphyteusis renovatio cedat in evidentẽ utilitatẽ Ecclesiæ, prout *in d. Extravag. ambitiosæ*, requiritur; non verò quod ea solẽnitas necessaria sit, ut contractus sit validus: quare in hoc etiam regno, ut Emphyteusis renovatio teneat satis esse, eum qui rẽ iterũ in Emphyteusim concedit, intelligere id esse utile Ecclesiæ, esto illas solẽnitates non adhibeat. Nec obstant argumenta, quibus Cald.

Cald. suam sententiã confirmat. Nam solemnitas, quæ in prima concessione Emphyteusis requiritur, ideo tunc omnino postulatur, & necessaria est, quia agitur de re alienanda, & dismembranda à mensa Ecclesiæ: postquam verò jam est dismembrata, & tradita semel in Emphyteusim, nondum auté ei incorporata, non alienatur denuò per renovationem ipsius Emphyteusis, sive talis renovatio contineat contractũ distinctũ à priori concessione, sive tantum prorogationem, & redintegrationé illius: & sive status rei sit mutatus, sive idem perseveret: sed tantum continuatur antiqua alienatio rei, ad quam continuationem solénitas ad alienationem requisita non postulatur, nisi tantum ad melius esse, ut utilitati Ecclesiæ magis prospiciatur, quéadmodũ in Lusitania.

24 Adverte autem primò, dictum esse in proposita conclusione, posse rem Ecclesiasticam Emphyteuticari solitã in similé Emphyteusim concedi: nam in dissimilé, quæ modũ prioris cõcessionis excedat, nõ potest; ut si solũ erat cõsueta Emphyteuticari ad tres vitas, non potest rursus absque prædictis solénitatibus concedi ad plures vitas, vel in perpetuum. Item, si consueverat dari tantũ pro personis alicujus familiæ, ut pro descendentibus primi acquirentis, non potest concedi etiam pro extraneis: & si talis fiat concessio est nulla. Ita Mol. *d. disp.* 468. *n.* 19. Jul. Clar. *lib.* 4. *sentent.* §. *Emphyteusis*, *q.* 6. *vers. scias tamen.* Tamburin. plures referens *d. quæsito* 7. *sub n.* 2. ubi etiam pro eadem sententia refert duas decisiones Rotæ.

25 Vtrùm autem talis concessio valeat secundum partem, quæ primam concessionem non excedit? ut si Emphyteusis antea erat ad tres generationes, & nunc concedatur ad perpetuum, valeat hæc concessio pro tribus generationibus? Negant aliqui in simili apud Mol. *disp.* 467. *n.* 1. & 2. Pars tamen affirmativa est communis, eamque tuetur idé Mol. *n.* 3. post alium Mol. *lib.* 1. *de primog. c.* 21. *n.* 28. Julium Clar. *supra quæst.* 6. & §. *feudum*, *quæst.* 13. & Gamam *decis.* 387. *n.* 3. ubi testatur frequentius pro hac parte judicari in Senatu, quamvis aliquando etiam pro contraria viderit sententiam ferri. Fundamentum sumitur, tum ex generali regula, *quod in separabilibus utile non vitiatur per inutile*, *l.* 1. §. *sed si mihi*, *ff. de verborum obligationibus*, & regula *utile de regul. juris in* 6. tum ex *Authent. de non alienand.* §. *quod autem*, *in fine*, ibi, *nullam necessitatem esse sanctissimis Oeconomis, duobus hæredibus cessantibus, cæteris dare.* Quem textum ad hanc rem explicat Mol. *d. n.* 3. tum denique ex donatione excedente summam insinuatione indigentem, quæ solum quoad excessu est invalida ex omnium sententia. Maiorem hujus rei explicationem habes apud Mol. *per totam citatam disp.* 467.

Adverte secundò, ut res censeatur Emphyteuticari solita ad prædictum effectum, sufficere quod semel concessa fuerit in Emphyteusim cum debita causa, & solemnitate. Ita, relatis quamplurimis, Tamburinus *d. quæsito* 7. *n.* 3. ubi etiam in hanc sententiam adducit multas decisiones Rotæ: additque ex eisdem Authoribus, sufficere etiam duas concessiones non solemnes cum spatio quadraginta annorum. Consonat Molina *disp.* 468. *sub n.* 19. dicens sufficere unam concessionem cum debita causa, & solemnitate; quod si de tali causa, & solemnitate non constet præsumi debere ex possessione 30. vel 40. annorum eam intervenisse, & hanc possessionem cum tali præsumptione sufficere. In eadem sententia sunt Riccius *dicta decis.* 125. & Ludovic. Gomes *in regula de triennali*, *q.* 14. prout refertur apud Gamam *decis.* 387. *sub num.* 5. qui asserunt rem semel concessam in Emphyteusim cum requisitis à jure solemnitatibus, posse deinceps Emphyteuticari sine alia solemnitate, ex quo semel facta est alienabilis. Refert etiam idem Gama *decis.* 342. *numer.* 4. 26

judicatum fuisse per Senatores regios, censeri rem solitam Emphyteuticari, si semel Emphyteuticata sit, & per 40. annos ab Emphyteuta possessa, per textum *in cap. cum de beneficio, de prabend. in 6.* quamvis aliqui affirment requiri duplicem concessionem Emphyteusis intra illud tempus 40. annorum. Ratio autem, cur unica solemnis, & valida concessio sufficiat, prout nostra, & communis sententia affirmat, est, quia facta semel tali concessione, manet res alienata, & per consequens sublata ratio, ob quam dictæ solemnitates postulantur; siquidem per sequentes concessiones res non alienatur, sed tantùm alienatio antea facta continuatur: solemnitates autem non ad continuationem alienationis, sed ad ipsam alienationem requiruntur.

27 Adverte tertio, ut res Ecclesiastica, quæ solita erat Emphyteuticari censeatur rediisse pleno jure ad mensam Ecclesiæ, esseque illi rursus incorporatam, ad effectum, ut non possit iterum in Emphyteusim concedi absque novis solemnitatibus, non satis esse, quod finitum sit tempus, pro quo fuerat concessa, vel quod Emphyteuta inciderit in commissum, aliquidve aliud acciderit, ex quo Emphyteusis vacet, & ad proprietatem revertatur, sed ulterius requiri, ut per prælatum sit applicata mensæ, & usibus Ecclesiæ, quemadmodùm cætera bona Ecclesiastica, quæ quoad totum dominium ad Ecclesiam spectant. Ita cum Panormitan, & alijs Mol. *dicta disp.* 469. Azor *part.* 3. *lib.* 10. *cap.* 3. *de Emphyt. quæst.* 2. & Tamburin. *d. quæsito* 7. *ad finem.* Quod si Prælatus, postquam Emphyteusis, dicto modo vacat, & ad dominũ devoluta est, differat per annum rem mensæ applicare, eo ipso applicata censebitur, ut ex Archidiacono tradunt Panorm. Mol. & Azor *locis citatis.* Utrùm verò non modo licitum, sed debitum etiam sit rem solitam Emphyteuticari, & non dum mensæ Ecclesiæ incorporatam, rursum in Emphyteusim concedi, ita ut Prælatus cogi possit finitam Emphyteusim renovare? Dicemus commodius *disput.* 7. ubi de renovatione Emphyteusis agendum est.

Ampliatio præcedentium assertionum pro concessione rei Ecclesiasticæ in Emphyteusim perpetuam. Et quam restrictionem adhibuerit Urbanus VIII.

§. III.

SUMMARIUM.

Interveniente justa causa, & juris solemnitate, potest res Ecclesiastica Emphyteuticari in perpetuum, etiam pro hæredibus extraneis; & si jam semel ita fuerat Emphyteuticata, nec dum mensa Ecclesiæ applicata sit, potest iterum in similem Emphyteusim dari. n. 28.

Maior autem causa requiritur ad concedendam Emphyteusim perpetuam, quam solùm ad vitas. n. 29.

Quando res Ecclesiæ fuerit inculta, si concedatur absolutè pro hæredibus, vel successoribus, intelligitur etiam pro extraneis. ibidem.

Si terra Ecclesiæ ita sit sterilis, ut nullam afferat utilitatem, potest dari in Emphyteusim absque juris solemnitatibus. eodem. n. 29.

Licet Emphyteusis Ecclesiastica non præsumatur concessa ultra tres generationes, tamen, si quis eam ex sterili fertilem reddidit, præsumitur perpetua. ibidem.

Doctrina tradita circa facultatem Emphyteuticandi bona Ecclesiastica non habet hodie locum in bonis jurisdictionalibus Ecclesiæ absque expresso consensu Papæ, num. 31.

Tertia assertio. Ex justa causa, intervenienteq; juris solẽnitate sup. explicata 28

plicata, potest res Ecclesiastica concedi in Emphyteusim perpetuam, etiam pro hæredibus extraneis; & si jam semel ita fuerit Emphyteuticata, necdum mensæ Ecclesiæ reincorporata, potest rursum similiter Emphyteuticari absque prædicta solemnitate. Hæc assertio ponitur pro ampliatione, & maiori explicatione duarum præcedentium. Priorem partem tradunt, relatis alijs, Covar. *lib. 2. variarum, cap. 17. conclus.* 3. & 4. Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 6. num. 4. & quæst. 28. à num. 5.* Molina *disp. 469. num. 2.* & Brittus *in cap. potuit, §. 1. num. 4. de locato, & cod.* Probatur, quia licet *Authentico de non alienand. §. Emphyteusim*, solùm permittatur, ut res Ecclesiastica possit concedi ad vitam primi acquirentis, & duorum descendentium; vel ad vitam acquirentis, & uxoris illius, atque unius descendentium: & quod magis viget ipsum jus canonicum *in cap. nulli, de rebus Ecclesiæ nō alienandis*, absolutè prohibeat contractum Emphyteuticum perpetuum de rebus Ecclesiæ; tamen hujusmodi prohibitiones alienationis bonorum Ecclesiasticorum semper intelliguntur, præterquam in casibus à jure permissis, id est, absque causa, & solemnitatibus juris, nisi aliud exprimatur: unde in *Authent. de alienat. & Emphyteusi, §. licentiam* concedit Justinianus facultatem Emphyteuticandi res Ecclesiæ, servatis quibusdam solemnitatibus, quas ibidem apponit: quæ tamen necessariæ non sunt: nam in alienatione rerum Ecclesiasticarum sufficit, quòd serventur solemnitates juris cononici, de quibus supra, ut bene cum Glossa, Innocentio, & Panormitano advertit Molina *disp. 465. n. 1.* ergo, prædictis juribus non obstantibus, possunt res Ecclesiæ concedi in Emphyteusim perpetuam, etiam pro hæredibus extraneis, si causa, & solemnitates prædictæ interveniant: si enim his intervenientibus, possunt tales res omninò alienari, etiam quoad dominium directum, à fortiori possunt quoad dominium utile, absque restrictione temporis, vel personarum.

29 Nota verò maiorem causam requiri ad concedendam Emphyteusim perpetuam, quam solùm ad vitas; & sæpè adesse posse justam causam, ut concedatur ad tot, vel tot vitas; & non, ut concedatur in perpetuum, ut bene advertit Mol. *disp. 469. num. 2.* ubi addit videri sibi raro occurrere causam sufficientem, ut concedatur pro descendentibus, & non etiam pro extraneis, esto facilius finiri possit, si pro solis descendentibus concedatur. Advertit etiam Caldas *de nominatione, quæst. 23. n. 57.* si res Ecclesiæ sit inculta, non solùm, posse dari in Emphyteusim perpetuam per *cap. ad aures, de rebus Ecclesiæ non alienandis* (quod etiam ex alijs juribus tradit Gama *decis. 323. num. 1.* & admittit cum Romano, Cephalo, & Beroio, Petr. Barbosa *in l. 2. num. 377. C. de præscript. 30. vel 40. annorum*) Verum, si absolutè concedatur pro hæredibus, & successoribus, ad hæredes etiam extraneos transire posse, esseque simpliciter hæreditariam. Illud etiam hîc addendum ex Barbosa *sup. n. 385.* & alijs, quos refert, si terra Ecclesiastica sit sterilis, ut nullam afferat utilitatem, posse in terminis *d. c. ad aures*, validè concedi in Emphyteusim absque juris solemnitatibus. Item docet meritò idē Barbos. *sup. n. 388.* licet Emphyteusis Ecclesiastica non præsumatur concessa ultra tres generationes, tamen siquis ex sterili fertilem reddidit, & alleget præsumptam Emphyteusim, præsumi perpetuam.

30 Alia pars assertionis, quod scilicet quando res semel fuit Emphyteuticata in perpetuum, etiam pro hæredibus extraneis, possit rursus similiter Emphyteuticari absque juris solemnitatibus, si nondum est incorporata mensæ Ecclesiæ, traditur à Mol. *d. disp. 469. n. 8.* & constat facilè ex dictis pro secunda con-

conclusione; siquidem hoc non est alienare de novo, sed perseverare in antiqua alienatione ex causa sufficienti; ut deveniat in perpetuum, etiam ad extraneos, sicut antea concessa fuerat.

31 Illud autem pro tradita doctrina sciendũ, quæ de facultate alienandi bona Ecclesiastica dicta sunt, non habere hodie locum in bonis jurisdictionalibus Ecclesiæ; pro quibus manavit quædam constitutio Vrbani VIII. *primo Novembris anni* 1625. quæ incipit, *Humanæ salutis*, & refertur ad verbum, à Tamburino *tomo* 3. *de jure Abbatum*, *disp.* 14. *quæsito* 4. in qua sub excommunicatione latæ sententiæ, & alijs pœnis prohibentur omnes prælati Ecclesiastici, ne absque beneplacito Sedis Apostolicæ prius in scriptis obtento, possint in feudum, aut Emphyteusim concedere, vel ultra triennium locare civitates, terras, castra, oppida, villas, arces, fortalicia, munitiones, territoria, aut quævis alia loca, vel bona Ecclesiastica habentia ullo modo temporalem jurisdictionem annexam: idque sive pleno jure ad Ecclesiam spectent, sive ad eam sint reversa, seu devoluta, nec dum eidem incorporata, & de illius mensa effecta: ac licet ex antiqua, & immemoriali consuetudine, aut etiam per privilegia Apostolica in feudum, vel Emphyteusim concedi, vel ultra triennium locari, sæpiusque hujusmodi concessiones renovari consueverint; & quamvis tales alienationes, seu concessiones in evidentem, imo evidentissimam utilitatem Ecclesiarum, ac piorum locorum, ad quæ talia bona spectant, cedant; & si secus aliquid horum fiat, irritum decernitur; prout hæc omnia latius, & explicatius in dicta constitutione habentur.

SECTIO TERTIA.

Vtrum bona maioratus, fideicommissi, & dotalia in Emphyteusim concedi possint?

SUMMARIUM.

Bona maioratus non posse dari in Emphyteusim à possessore ipsius maioratus, absque licentia Regis, vel institutoris ipsius maioratus; docent plerique; & videtur hæc sententia simpliciter communis, n. 32.

In favorabilibus nomine alienationis prohibitæ, comprehenditur etiam contractus Emphyteuticus, & quælibet dispositio, qua jus in re alteri conceditur, ibid.

Rex potest ex justa causa dare licentiam, ut bona maioratus alienentur. n. 33.

Prædicta sententia negans posse res maioratus dari in Emphyteusim, procedit ubi non fuerit consuetudo in contrarium: & ne ultra terminos talis consuetudinis, ubi ea fuerit, Emphyteusis concedatur. num. 34.

An dicta sententia procedat in re maioratus, quæ tempore institutionis solum spectabat ad institutorem quoad dominium directum? ibidem.

Contraria sententia, quod saltem ad tres vitas possint Emphyteuticari res maioratus, suos etiam habet patronos, & sæpe pro ea judicatum est. n. 35.

Confirmatur varijs exemplis, num. 36. *&* 37.

Possessor maioratus potest super rebus illius constituere usumfructum, & similes obligationes duratura, quandiu talis possessor vixerit, ibidem.

Quod tamen limitatur. n. 39.

Quando maioratus devenit ad filium familias, competit patri usufructus in illis bonis, n. 36.

Quid si institutor apposuerit clausulam generalem, ut ea bona alienari non possint?

sint? ibidem.

Præfertur sententia tenens non posse res maioratus concedi in Emphyteusim. numer. 38.

Limitatur, ut non procedat, quando res maioratus esset aliqua terra inculta, & silvis inutilibus obsita. ibid.

Limitatur etiam, ut non procedat de Emphyteusi, quæ per mortem possessoris maioratus eam constituentis finiatur. ibidem.

Hoc tamen intelligendum est, nisi institutor maioratus expresse alienationem prohibuisset. n. 39.

Quomodo autem hoc intelligendum sit? n. 40. & 41.

Si possessor maioratus contra expressam prohibitionem institutoris res ejus alienet per Emphyteuticationem, vel constitutionem usufructus, potest futurus successor eas statim vendicare etiam vivo alienante. n. 39.

Expressa prohibitio hominis, ne res alienetur, simul cum prohibitione legis, est potentior, & aliquid amplius debet operari. ibidem.

Si maioratus sit institutus per contractum, expressa prohibitio non impedit, quominus possessor possit ejus res alienare pro tempore vitæ suæ. n. 40.

Prohibitio alienationis non tollit, quominus res maioratus possit dari in Emphyteusim, si id fiat in evidentem utilitatem ipsius maioratus. n. 41.

Utilis alienatio nunquam censetur prohibita. ibidem.

Quomodo se habet praxis hujus regni Lusitaniæ circa Emphyteuticationem rerum maioratus. n. 42.

Res maioratus non possunt locari ad longum tempus. n. 43.

Non repugnat autem, quod possit ita locari commoditas maioratus, & fideicommissi: sed neque obligatio talis locationis durabit post mortem locantis. ibidem.

In hoc regno Lusitaniæ bona vinculata Nosocomijs, & similibus pijs locis, possunt dari in Emphyteusim, servatis certis conditionibus per legem regiam requisitis. n. 44. juncto n. 37. post medium.

Res subjectæ fidei commisso possunt dari in Emphyteusim, quæ tantum duret, quandiu non advenit dies restitutionis. Et similiter potest in eis constitui Census, & ususfructus. n. 45.

Hoc autem procedit in rebus fidei commissi restituendis sub conditione, vel ad diem incertum: non autem, si sint subjectæ restitutioni purè, vel ad diem certum. num. 46.

Procedit etiam, nisi testator expresse prohibuisset eas res alienari. ibidem.

Res dotales interdum traduntur viro æstimatæ æstimatione venditionem facientes interdum inæstimatæ tali æstimatione: & quando censeantur hoc, vel illo modo traditæ? n. 47.

Rerum dotalium acquirit vir absolutum dominium, quando ei sunt traditæ æstimatæ æstimatione venditionem faciente: secus autem, quando aliter ei traditæ sunt. ibidem.

Quando res dotalis est tradita viro æstimata æstimatione venditionem faciente, certum videtur, quod tunc potest vir secundum jus commune illam Emphyteuticare: non erit autem firma talis Emphyteusis, nisi uxor consentiat, & juret se nunquam illi contraventuram. n. 48.

Si autem res dotalis tradatur viro inæstimata prædicta æstimatione, non potest vir eam concedere in Emphyteusim, etiam de consensu uxoris, nisi uxor juret se nunquam contraventuram tali concessioni. num. 49.

Pro tempore autem constantis matrimonij, non prohibetur vir quominus possit ejusmodi rem Emphyteuticare, & in longum tempus locare, nec tamen alienationem revocare poterit, etiam de consensu uxoris. ibidem.

Iuxta legem hujus regni Lusitaniæ in nullo ex prædictis casibus potest vir res dotales, imò & non dotales in Emphyteusim concedere, etiam pro tempore vitæ suæ, absque expresso consensu uxoris. ibidem.

32 QVod attinet ad bona maioratus duplex est sententia principalis. Prima negat posse hujusmodi bona tradi in Emphyteusim à possessore maioratus, nisi de licentia Regis, vel institutoris ipsius maioratus. Ita sentiunt Molina *de primog. lib. 1. cap. 25. num. 31. & seqq.* Molina Theologus *tomo 2. de iust. disp.* 470. *num.* 14. Pinel. *l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. num.* 65. Reinosus latè hanc quæstionem tractans *observ.* 70. *à num.* 1, & Gald. *de renovat. q.* 16, *num.* 2. *& de extinct. Emphyteusis, cap.* 4. *n.* 45, post Meres *de maioratib.* quem *dicta q.* 16. refert. Et hæc sententia videtur simpliciter communis. Probatur, quia bona maioratus prohibentur alienari, tum per jus commune, ut sumitur, *ex l. ultima, §. sin autem, C. communia de legatis*, quam per ipsos institutores, qui ordinariè exprimunt, ut nunquam talia bona alienari possint: talisque prohibitio est in favorem ipsius maioratus, & omnium, qui ad illum vocantur; ceditque in commune bonum, ut splendor, ac nobilitas familiarum conserverur: in favorabilibus autem nomine alienationis prohibitæ comprehenditur etiam contractus Emphyteuticus, & quæcumque dispositio, qua jus in re alteri conceditur, ut constat *ex l. finali, Cod. de rebus alienis non alienandis, & ex l. filiusfamilias, §. Divi, ff. de legat.* 1. *& ex cap. nulli, de rebus Ecclesiæ non alienandis.*

33 Apposita est limitatio, nisi de licentia Regis, vel institutoris, & cæt. nam Rex concedere potest ex juxta causa, ut bona maioratus alienentur, etiam casu, quo ipse institutor prohibuisset, ut nec de Regis licentia alienari possent: ut latè probat, & declarat Molina Theologus *tomo* 3. *disput.* 649. *&* 650. & similiter, si institutor facultatem concessisset, ut bona maioratus possent alienari aliquo modo, vel pro aliquo casu à possessore, certum est evadere eo modo, vel casu alienabilia, cùm non aliud, nec maius vinculum habeant, quam quod ob institutore inditum est.

Hæc sententia procedit ubi non fuerit consuetudo præscripta, ut res maioratus in Emphyteusim concedi possint. Sicubi enim talis fuerit consuetudo, valebit concessio pro tempore ea consuetudine permisso, & si res in diuturniorem Emphyteusim concedatur, solùm erit invalida concessio quoad tempus non permissum. Sic uterque Molina *locis supra citatis*. Item, si institutor maioratus subjecit res aliquas ad se pertinentes solùm quoad dominium directum, eo quod alteri essent Emphyteuticatæ, nec præcepit, ut finita ea Emphyteusi, ac cessante obligatione illam renovandi, res deinceps in Emphyteusim non concederetur, credit Molina Theologus *dicta disput.* 470. *num.* 14. posse maioratus possessorem eam rursus Emphyteuticare eo præcise modo, quo antea erat solita Emphyteuticari; quod maioratus vinculum solum afficiat res juxta statum, quem habent, quando vinculantur, nec aliam alienationem impediat, nisi quæ res ab eo statu dejiciat. 34

Secunda sententia è contrario affirmat posse res maioratus in Emphyteusim concedi, si non in perpetuum, saltem ad tres vitas. Pro qua resolutione disputat latè Gama *decis.* 16. *à num.* 4. ubi refert plures sententias pro hac parte latas in Senatu Lusitano, affirmatque se reperisse idem etiam judicatum fuisse per Senatores antiquos; & hinc concludit saltem in hoc regno, ex recepta consuetudine, & stylo Curiæ, id esse observandum; neque hoc esse contra regulam, *l. nemo, C. de sententijs, & interlocutionibus*, ubi dicitur, non exemplis, sed legibus causas esse decidendas: nam consuetudo, aut rerum perpetuò similiter judicatarum authoritas, vim legis habere debet; ut ait Jurisconsultus *in l. nam Imperator, ff. de legibus*; & similiter stylus Curiæ 35

Curiæ pro lege habetur, ut tradunt Cynus, & Baldus *in l. fin. C. quæ sit longa consuetudo*, Rota, & alij, quos refert *n. 7.* itaque saltem in hoc regno valere Emphyteusim de rebus maioratus, licet concedatur in perpetuum, sed tamen reducendam esse ad tres vitas, prout sæpe tam per modernos Senatores, quã per antiquos judicatum est. Quæ sententia hac potissimum ratione fulcitur, quia concessio Emphyteusis ad tres vitas non censetur alienatio, ut probat textus *in Authen. de non alienandis, §. nos igitur, vers. alienationis autem*; ubi Imperator solam Emphyteusim perpetuam vocat alienationem, & textus *in cap. nulli, de rebus Ecclesiæ non alienandis*, ubi cum prohibeatur quælibet alienatio etiam minus propria bonorum Ecclesiasticorum, solùm inter alienationes ibi expressas ponitur contractus Emphyteuticus perpetuus, quasi temporalis non censeatur alienatio, etiam lato modo.

36 Confirmari præterea potest eadem sententia. Primò; quia bona maioratus locari possunt ad longum tempus, etiam centum annorum, juxta Glossam finalem, *in l. codicillis, §. instituto, ff. de legatis 2.* quæ in bonis alienari prohibitis locationem ad longum tempus etiam centum annorum admittit, juxta communem intellectum: locatio auté ad longum tempus vix, aut ne vix quidem ab Emphyteusi distinguitur. Secũdò, quia possessor maioratus potest in bonis ejus usumfructum alteri constituere, qui duret toto tempore, quo ipse possessor vixerit, ut securè admittit Pinelus *l. 1. C. de bonis maternis, p. 3. sub num. 71.* & tradit Molina Jurista *lib. 1. de primogen. c. 20. num. 5. per l. peto, §. prædium, ff. de legat. 2.* Barth. & alios ibidem. Et quidem non obstante dicta legis prohibitione, si maioratus deveniat ad filium familias, competit patri ususfructus in ejus bonis juxta *l. cum oportet, & per totum titulum, C. de bonis, quæ liberis; & per totum Cod. de bonis maternis*, traditque idem Molina *dicto lib. 1. c. 19. n. 18.* & alter Molina Theologus *disp. 470. n. 12.* addens hoc verum esse, quamvis institutor clausulam generalem apposuisset, ut eà bona alienari non possent: in quo à priore Molina recedit, qui *dicto cap. 19. n. 29.* docet, quando institutor eam clausulam apposuisset, non competere patri usũfructum talium bonorum, sed solam commoditatem.

Tertiò, quia similes servitutes, & obligationes reales constitui possunt à possessore in bonis maioratus duraturæ ad vitam ipsius constituentis, si institutor non prohibuit expresse eorum alienationem. Sic enim posse in bonis maioratus constitui Censum tradidimus *disp. 1. de Censu, sect. 5. §. 5. num. 70.* cum Feliciano de Solís *lib. 2. de Censib. c. 3. num. 16.* Item posse in eisdem bonis servitutem constitui, tradunt Pinel. *proxime cit. sub d. num. 71.* Molina Jurista *dicto lib. 1. c. 20. num. 4.* Cald. *de renov. q. 16. num. 29.* Solís *dicto num. 16*, & alij, quos referunt. Quartò, & ultimo, quia Ordinatio Lusitana *lib. 1. tit. 62. §. 45. & seqq.* apertè supponit posse in Emphyteusim, concedi bona vinculata nosocomijs, hospitalibus, capellis, confraternitatibus, & alijs locis pijs. Disponit enim loco citato qua solemnitate, & pro quanto tempore hæc bona Emphyteuticari debeant. Ex quibus omnibus satis à paritate rationis colligitur posse bona maioratus in Emphyteusim concedi, non obstante eorum vinculo, nisi expressa prohibitio institutoris obstet. 37

His tamen non obstantibus, prima sententia est simpliciter vera, & tenenda in praxi, intelligendo illam cum moderationibus supra positis *n. 33. & 34.* quibus tamen una, vel altera videtur addenda. Prima est, ut non procedat, quando res maioratus esset terra aliqua inculta, & siluis inutilibus obsita: hanc enim dari posse in Emphyteusim ad tres vitas, ut labore, & expensis 38

Emphy-

Emphyteutæ mitigetur, ac frugifera reddatur, non immeritò sentit Gama *dicta decis. 16. sub num.* 3. asserens sæpe ita fuisse judicatum, argumento *cap. ad aures, de rebus Ecclesiæ non alienandis*, ubi statuitur similes terras ad Ecclesiam pertinentes dari posse in Emphyteusim non obstante generali prohibitione alienationis bonorum Ecclesiasticorum. Secunda est, ut non procedat de Emphyteusi, quæ per mortem possessoris eam constituentis in re maioratus omninò finiatur, solùm enim videtur prohibitus possessor maioratus res illius alienare in fraudem, & præjudicium successorum, ut videtur admittere Pinel. *in l. 1. C. de bonis maternis, p. 3. num. 65.* ubi cum Bartholo, & alijs sentit tam Emphyteusim, quàm locationem ad longum tempus factam à possessore maioratus solùm habere effectum, quandiu ipse possessor vivit, quod jus illius tantùm sit ad vitam, & ideo finito jure dantis, finiatur jus accipientis, juxta regulam *legis, l. vectigali*, & ibi Glossa *verbo, evanuisse, ff. de pignoribus*. Et hoc probant exempla, quæ in secunda, & tertia confirmatione secundæ sententiæ allata sunt: videturque Pinelus loco citato, & cum eo Gama *decis. 192. num. 2.* hanc doctrinam intelligere, etiam quando alienatio expresse fuisset prohibita per institutorem maioratus.

39 Nihilominus tamen, quando institutor expresse alienationem prohibuisset, ut ordinariè contingit, verius videtur, quod nec pro tempore vitæ suæ possit possessor ullam rem maioratus in Emphyteusim concedere, aliove modo alienare; & quod tunc possit statim futurus successor, qui alienationi non consentit, admitti ad revocanda bona alienata, etiam vivente alienante, eaque sibi vendicare, sive is sit filius, sive cognatus, aut extraneus, ut loquendo speciatim de alienante per constitutionem usufructus docet Mol. Jurista *lib. 1. de primog. cap. 20. num. 8. & 13.* juxta *l. cum pater, §. libertis, juncta gloss. verbo, ne id alienaret, ff. de legatis 2.* per quem textum tradit Paulus Castrensis ibi *num. 4.* & cum eo idem Molina *dicto lib. 1. cap. 16. num. 32.* quod alienatio voluntaria facta contra expressam voluntatem testantis potest statim revocari, & ad revocandum admittuntur, qui non alienaverunt, nec alienationi consenserunt: id, quod etiam probat textus *in dicta l. peto, §. fratre, ff. eodem titulo*, & notant alij apud eumdem Molinam *dicto num. 32.* consentit etiam in his Reinosus *dict. observ. 70. num. 26.* Ratio autem, cur prohibita expresse alienatione per institutorem non possit possessor etiam pro tempore vitæ suæ rem maioratus ullo modo alienare, cùm prohibitio facta per legem id non impediat; est, quia prohibitio expressa hominis simul cum legali est potentior, & aliquid amplius operari debet, cùm fortior sit duplex, quam simplex prohibitio, magisque rem afficiat, unde quando cum prohibitione legis concurrit prohibitio testatoris præcipientis, ne res fideicommissi alienetur, non potest talis res alienari etiam in casu, quo stante aliàs prohibitione legis, alienatio permittitur, ut per Glossam *in l. nulla*, & ibi Cynum, Baldum, & Salicetum *Cod. de jure dotium*, Alexandrum, Felinum, Jasonem; & alios, Tiraquelus *de jure primogen. quæst. 61. num. 9.* quem sequitur Mol. Jurista *dicto lib. 1. cap. 20. n. 15.* ubi etiam pro eadem sententia refert Bartholum *in l. ea lege, n. 2. & 3. Cod. de conditione ob causam.*

Nota verò hæc procedere, quando maioratus institutus fuit per ultimam voluntatem cum expressa prohibitione alienationis. Si enim institutus fuisset per contractum, admittit idem Molina Jurista *dict. lib. 1. cap. 12. à num. 33.* non obstare expressam illam prohibitionem, quominus possessor maioratus possit ejus res alienare pro tempore vitæ suæ, nisi fortè institutor 40

ex-

expresserit, quod ubi possessor alienaverit, aut de alienando tractaverit, statim maioratus devolvatur ad sequentem vocatum, & possit ab eo revocari.

41 Limitat etiam Reinosus *dicta observ. 70. num.* 28. eandem primam sententiam, ut non procedat, si concessio Emphyteusis fiat in evidentem utilitatem maioratus, quod utilis alienatio nunquam improbetur, & semper censeatur permissa. Quam opinionem latissimè probat, & plures Doctores pro illa refert.

42 Sic intellecta prima sententia, facile est respondere ad fundamenta secundæ, quatenus contra illam faciunt. Imprimis ergo ad praxim, & consuetudinem hujus regni, quæ ex Gama allegatur, dicimus non constare sufficienter de tali praxi: nam præter quod idem Gama *eadem decis.* 16. *n.* 3. fatetur diversimodè hac in re tam suis, quàm antiquis temporibus judicatum fuisse; alij Doctores Lusitani in praxi versatissimi eam consuetudinem non agnoscunt, & absolutè contrariam sententiam amplectuntur, etiam pro hoc regno, ut Caldas *dicta q.* 16. *num.* 2. *&* 14. Pinel. *in l.* 1. *C. de bonis maternis. p.* 3. *n.* 65. Neque ipse Gama à nostra sententia alienus est, nam *decis.* 222. *num.* 4. explicans pro qua disputaverat *dict. decis.* 16. asserit conclusum fuisse in casu illius decisionis validam esse concessionem Emphyteusis bonorum maioratus etiam habentis expressam alienationis prohibitionem, quando res solita esset emphyteuticari, & simul concurreret spatium 40. annorum: atque hoc videri permissum ex consuetudine regni, quam *dict. decis.* 16. dixerat servandam esse pro lege: quod cum nostra sententia minime pugnat, cum non negemus rem maioratus emphyteuticari solitam posse rursus in Emphyteusim concedi. Deinde ad rationem pro eadem secunda sententia allatam, negamus Emphyteusim ad tres vitas non censeri alienationem, cùm per illam utile dominium alteri concedatur: nec oppositum colligitur ex textibus in contrarium allegatis; quia dum affirmant Emphyteusim perpetuam quandam alienationem esse, non negant talem etiam esse Emphyteusim temporalem.

Ad primam deinde confirmationem, negandum posse res maioratus locari ad longum tempus: contrarium enim tenet communis sentētia, quam, multis relatis Doctoribus, tradit Mol. Jurista *lib.* 1. *de primog. c.* 21. *num.* 18. Neque contra illam stat Glossa *in dicta l. codicillis*, §. *instituto*, quia si attentè legatur, solùm admittit posse locari ad longum tempus commoditatem fideicommissi, non verò rem ipsam, ut bene advertit idem Molina *num.* 24. per quam locationem nullum jus reale, sed tantùm personale ad fructus percipiendos conceditur. Neque obligatio talis locationis durabit post mortem locantis, esto locatio fuisset facta ad centum annos, ut etiam notavit idem Molina *n.* 26. quia maioratus possessor non potest plus juris in conductorem transferre, quam ipse habeat. Ad secundam, & tertiam respondetur, illis exemplis solùm probari, quod supra admisimus, nimirum posse res maioratus dari in Emphyteusim, quæ tantùm duret ad vitam possessoris emphyteuticantis, idque nisi sint expresse alienari prohibitæ in constitutione per ultimam voluntatem. 43

Ad quartam denique respondetur, esse diversam rationem in bonis vinculatis illis locis pijs: nam præterquam quod ipsa lex regia admittit ea bona posse in Emphyteusim dari, servatis certis conditionibus, quas ibi statuit, quando in compromisso, seu institutione oppositum constitutum non fuerit: cum ipsa loca eadem semper sint, nullum tertij est præjudiciū, nec fraudis suspicio in eo, quod in perpetuum, vel ad tres vitas, servatis prædictis conditionibus, bona illa in Emphyteusim con- 44

concedantur: in rebus autem maioratus, cùm ad plures successivè spectent, magnum successoribus inferretur præjudicium, si possessor eas posset dare in Emphyteusim, quæ post ejus mortem duraret, ut cum Baldo bene advertit Pinelus *l. 1. C. de bonis matern. part. 3. sub n.* 65.

45 Ex his dicendum consequenter est, res subjectas fideicommisso posse similiter concedi in Emphyteusim, quæ duret, quandiu non advenit tempus restitutionis: eo verò adveniente, prorsus extinguatur: ut si hæres gravatus sit restituere res hæreditarias post mortem suam, solùm possit eas Emphyteuticare pro tempore, quo vixerit. Constat hoc à paritate rationis ex prædictis circa maioratum, qui quando per testamentum instituitur, à fideicommisso non differt. Ratio verò fundamentalis est; quia res subjectæ fideicommisso possunt alienari à gravato eas restituere; quæ tamen alienatio adveniente die restitutionis revocatur, *l. ultima, §. sin autem, Cod. communia de legatis, l. servo legato, §. 1. ff. de legat. 1. l. cum pater, §. libertis, ff. de legat.* 2. Igitur cùm Emphyteusis sit quædam alienatio rei quoad dominium utile, potest res fideicommissi Emphyteuticari à gravato eam restituere; & solùm durabit talis Emphyteusis, donec dies restitutionis adveniat: hac enim ratione diximus *disp. 1. de Censu, sect. 5. §. 5.* cum Foller. & Feliciano de Solís posse super hujusmodi rebus constitui Censum, qui solum duret quandiù non advenit dies restitutionis. Et similiter docet Mol. Jurista *lib. 1. de primogeniis cap. 20. num.* 24. posse usumfructum constitui super hujusmodi rebus à gravato eas restituere post mortem, qui solùm duret ad vitam ipsius gravati, quia licet absolutè sit prohibitum has res alienari; attamen alienatio ad solam vitam illius toleratur, *ex l. peto, §. prædium, ff. de legatis 2. & aliis juribus.*

46 Adverte autem hanc resolutionem procedere de rebus fideicommissi restituendis sub conditione, vel ad diem incertum: nam si sint subjectæ restitutioni purè, vel ad diem certum, ut quando testator simpliciter jussit aliquod legatum alicui dari, vel post diem Paschæ, verbi gratia, tunc non potest ea res ullo modo alienari, aut obligari alteri personæ, ut habetur *dicta l. ult. §. sed quia nostra, Cod. communia de legatis.* Nam fideicommissarius in hoc casu statim acquirit jus in tali re, quæ proinde jam respectu gravati censetur alieana; & sic non potest ab eo alteri obligari, aut in Emphyteusim concedi. Adverte præterea, procedere dictam resolutionem, nisi expressè prohibitum esset per testatorem, ne res alienaretur: nam tunc nec pro tempore antecedente diem restitutionis valere concessionem Emphyteusis satis ex supradictis constat, eo quod fortior sit expressa testatoris prohibitio simul cum legali, quam sola legalis.

Tandem, ut aliquid circa res dotales statuamus, prænotandum est, interdum dotem tradi viro æstimatam æstimatione venditionem faciente: 47
interdum inæstimatam tali æstimatione: priori modo traduntur, quando verbi causa, promittuntur viro in dotem quatuor millia aureorum, & in solutionem talis dotis dantur ei quædam prædia æstimata 4000. aureis: in quo eventu censentur vendi illa prædia viro, qui proinde tanquam verus emptor dominium illorum comparat, ubi traditio accedit. Secundo modo traduntur, quando non promittitur viro certa aliqua pecuniæ summa, sed tantum ei promittuntur, & dantur in dotem res aliquæ, ut prædia, domus, vestes, &c. quæ aut non æstimãtur ullo modo, aut si æstimantur, id fit, ut sciat, quantũ valebant tempore traditionis, ut post solutũ matrimoniũ juxta talem valorem restituantur: & harum rerum dominium non transit in virum, nisi tantum secundum quandam fictionem, & subtilitatem

tem juris ad quosdam effectus, quatenus scilicet ad illum spectat earum rerum administratio, & actiones circa illas, ut constat *ex l. in rebus, Cod. de jure dotium*, & tradit bene Mol. *tomo 2. disp. 426. n. 2.* & Cald. *de renovat. quæst. 13. n. 54.*

48 Si ergo res dotalis tradatur viro æstimata æstimatione venditionem faciente, certum videtur secundum jus commune posse à viro in emphyteusim concedi; quia secundùm commune jus talis res pertinet pleno jure ad maritum, & potest liberè ab eo distrahi, & alienari, ut sumitur *ex l. quoties supra, Cod. de jure dotium, & ex l. æstimatis, 51. cum sequenti, ff. soluto matrim.* ergo si potest in totum alienari, à fortiori potest quoad solùm dominium utile per contractum emphyteuticum. Credo tamen talem Emphyteusim non esse firmam, nisi uxor consentiat, & juret, se nunquam illi contraventurã, ut in simili agendo de constitutione Census super hujusmodi rebus docet Solís *lib. 2. de Censibus, cap. 13. num. 13.* quia uxor, soluto matrimonio, agere potest ad vendicandas res dotales à marito alienatas, etiam si traditæ fuissent æstimatæ, ut habetur *in dicta l. in rebus, Cod. de jure dotium*; & quamvis ipsa mulier alienationi consensisset, ut apud eundem Solís tradunt Baldus, Covar, & alij.

49 Si autem res dotalis tradatur viro inæstimata, regula contraria statuenda est, ut scilicet non possit ab eo concedi in Emphyteusim: tum quia in hoc eventu non transit dominium illius rei in maritum, nisi solùm per fictionem, quo ad aliquos effectus, ut dictum est: tum maximè, quia sive dominium in illum transeat, sive non, prohibetur simpliciter eas alienare, ut constat *ex l. 1. & toto titulo, ff. de fundo dotali, & ex l. ultima*, juncta Glossa ibi, *Cod. eodem tit. & Instit. quibus alienare licet, vel non, in principio*; ubi additur neque de consensu uxoris eas alienare, aut obligare posse. Unde etiam de consensu uxoris non potest eas in Emphyteusim concedere, cùm talis concessio sit quædam alienatio. Cæterùm si mulier consentiat, & juret se nunquam tali concessioni contraventuram, contractus confirmabitur, & tenebit Emphyteusis, juxta *cap. cum contingat, de jurejurando, & cap. licet mulieres, eodem tit. in 6.* Per prædicta tamen non tollitur, quominus vir possit absolutè pro tempore vitæ suæ has res emphyteuticare, juxta doctrinam Pineli *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. sub num. 71.* ubi cum alijs docet, posse virum in longum tempus locare fundum dotalem pro tempore, quo jus ipsius mariti duraverit, id est, quandiù non fuerit solutum matrimonium, ac pro eo tempore, nec de consensu uxoris posse talem locationem rescindere, licet aliàs rei dotalis alienationem à se factam, saltem uxoris nomine, revocare possit, ex Glossa, & Doctoribus *in pricipio Instit. quibus alienare licet.* Et hæc quidem procedunt secundùm jus commune, quę in hoc regno limitanda sunt juxta *leg. regiam lib. 4. Ordin. tit. 48* ubi statuitur, ne maritus absque expresso consensu uxoris ulla bona immobilia alienare possit: unde consequens est, ut etiam pro solo tempore vitæ suæ nequeat emphyteuticare rem ullam, sive dotalem, sive non dotalem, absque consensu uxoris.

SECTIO QUARTA.

Vtrùm bona emphyteutica possint subemphyteuticari ab ipso emphyteuta. Et quænam jura subemphyteuticantem sequantur?

SUMMARIUM.

Emphyteuta potest de consensu domini

subemphyteuticare rem emphyteuticam pro pensione sibi quotannis solvenda. Et similiter vassallus potest subinfeudare rem feudalem. n. 50.

Contractus, quo res subemphyteuticata est, appellatur libellus. Et unde ita dicatur? ibidem.

Libellus, vel ut aliqui etiam appellant, livellum, nihil aliud est, quam emphyteusis, aut feudum, alteri Emphyteusi, aut feudo subalternatum. Et quomodo id Lusitanè dicatur? ibidem.

Sine consensu domini non potest emphyteuta subemphyteuticare. n. 51.

Potest tamen vassallus subinfeudare domino directo inconsulto. Et cur id non procedat in emphyteusibus? ibidem.

Quandiu duret jus concessum per subemphyteuticationem simpliciter factam? n. 52.

Feudatarius, qui habet feudum pro se, & descendentibus masculis, potest subinfeudare fœminis. ibidem.

Dominus directus concedens emphyteutæ facultatem subemphyteuticandi, potest simul alias facultates, & jura illi concedere, quarum aliqua assignantur. Idemque est in feudo. n. 53.

Fieri potest ex domini indulgentia, ut nullum jus penes ipsum remaneat ex contractu emphyteutico, præter dominium directum, & jus exigendi aliquod servitium, aut pensionem. ibidem.

Quamvis regnum Siciliæ sit feudum Ecclesiæ Romanæ, tamen Reges illius, ultra dominium utile, habent plenam ejus administrationem, manente sola proprietate, & jure ad aliquod servitium penes Summum Pontificem. ibidem.

50 PRimò, hac in re certum est, posse emphyteutam de consensu domini directi rem emphyteuticatam in ulteriorem quandam Emphyteusim alteri concedere, pro pensione sibi quotanis solvenda, permanente tamen in ipso primo emphyteuta obligatione solvendi domino directo antiquam pensionem. Qui cōtractus appellari solet, *libellus*, sive à *libella*, quæ apud Romanos erat quædam moneta argentea exigui valoris; sive à quadam tritici mensura, quæ etiam *libella* dicebatur, & non plus frumenti continebat, quam quod pro uno die ad victum sufficeret: quam vocabuli originem conjicit Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 35. *num.* 11. ex eo quod pro hujusmodi emphyteusibus non maioris momenti pensio dari soleret; quamquam hodie emphyteutæ subemphyteuticantes longe maiorem pensionem imponere soleant, quam quæ ipsis à dominis directis imposita est; & quod plus à subemphyteutis recipiunt, ipsis cedit, estque proprius subemphyteuticationis fructus. Ac similiter se res habet in feudo, quod pari modo à vassallo, seu feudatario, subinfeudari potest, & solet. Itaque *libellus* (quod alij minus propriè *livellum* appellant) nihil aliud est, quam Emphyteusis, aut feudum, alteri Emphyteusi, aut feudo subalternatum: & Lusitanè dici solet, *Prazo de prazo*, vel *feudo de feudo*; quando autem quis rem sibi subemphyteuticantem, dicto modo subemphyteuticat, seu libellat, dicitur vulgò, *Emprazar à face do seu prazo*, uel *à sombra do seu prazo*. Et is, cui res subemphyteuticata, aut subinfeudata est, appellatur *libellarius*, vel *subemphyteuta*, aut *subvassallus*, vel *subfeudatarius*.

Secundo certum, aut penè certum est, non posse emphyteutam sine directi domini consensu subemphyteuticare. Ita contra quosdam paucos Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 13. *n.* 11. *& quæst.* 38. *n.* 7. Gama *decis.* 269. *n.* 6. Cald. *de renovat. quæst.* 13. *num.* 10. *& de extinctione emphyteus. cap.* 4. *n.* 39. *&* 40. Mol. *tomo.* 2. *de justitia, disp.* 471. *n.* 1. & cæteri ferme omnes, ut affirmat Valascus *d. num.* 11. estque sententia in praxi recepta, ut testatur Caldas *loco citato.* 51

Funda-

Fundamentum est, quia illa subemphyteuticatio est quædam species alienationis, cùm per illam tribuatur subemphyteutæ jus in re, nempe dominium utile: Emphyteuta autem non potest alienare ullo modo rem Emphyteuticam irrequisito, vel non consentiente domino, ut constat *ex l. ultima, Cod. de jure Emphyteut.* & est omnium sententia. Illud tamen videtur obstare, quod feudatarius potest subinfeudare, etiam inscio domino directo, ut ex multis juribus, quæ allegant, tradunt Valascus *dicta quæst.* 13. *sub num.* 11. §. *verum hæc*, Caldas *dicta quæst.* 13. *num.* 20. & Molina *supra num* 15. *juncto num.* 18. *in fine*. Unde pari ratione dicendum videtur posse etiam Emphyteutam subemphyteuticare inscio, ac minime consentiente domino directo. Neganda tamen est consequentia; nam præter quod hoc pendeat ex jure positivo, & legislatorũ voluntate, qui ita de feudis statuerunt; aliqua rationis diversitas assignari potest, eamque assignat Mol. *dicto n.* 18. *in fine*; quia feuda conceduntur pro servitio, & non intuitu melioramentorum rei feudalis, aliorumque emolumentorum proprietarij, sicut Emphyteuses: & ideo, salvo debito servitio, maior libertas relinqui debuit vassallo ad rem subinfeudandam, quam Emphyteutæ ad rem subemphyteuticandam, præsertim cùm habere subvassallos, potentiorem, ac magis idoneum reddat vassallum ad debita servitia personalia cum splendore exhibenda.

52 Tertiò certum videtur, quod jus per subemphyteuticationem simpliciter factam concessum solùm durat, quandiu Emphyteusis in subemphyteuticante, vel successoribus ejus non finitur, ut tradit Molina *dicta disp.* 471. *n.* 5. *&* 12. & in simili de jure subfeudatarij Menoch. *consil.* 148. *sub num.* 41. *tom.* 2. Ratio est, tum quia resoluto jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis juxta regulam legis *l. vectigali, ff. de pignoribus*: tum etiam, quia per facultatem subemphyteuticandi non censetur proprietarius aliquid in suum præjudicium concessisse, nisi id expresserit, deductumve fuerit in pactum: maximè autem ei præjudicaretur, si post finitam Emphyteusim, adhuc jus, & possessio subemphyteutæ perduraret. Ex qua resolutione infert Menochius *supra*, quod licet feudatarius solum habeat feudum pro se, & descendentibus masculis, tamen potest subinfeudare fœminis; quia per hanc extensionem ad fœminas non evadit feudum stabilius, ut propterea seriùs aperiendum, vel finiendum sit; cum ejus resolutio non pendeat à morte, aut casu subvassallorum, sed tantùm vassallorum immediatorum. Neque potest considerari prejudicium domini ex qualitate sexus fœminei minus ad serviendum idonei; quia obligatio serviendi domino manet penes vassallum subinfeudantem, & non extenditur ad subvassallum, ut probat idem Menochius *num.* 43. Unde non probo, quod tradunt Valascus, Caldas, Molina *supra*, quatenùs solùm admittunt posse vassallum subinfeudare personæ, quæ æquæ bene serviat, ac ipse subinfeudans, & cum iisdem pactis, & conditionibus, cum quibus ipse feudum accepit. Plura circa naturam, & interpretationem subinfeudationis vide, si placet, apud Menoch. *consilio citato*, quæ in subemphyteuticatione etiam locum habent.

Quarto certum est, si dominus directus expresse concedat subemphyteutæ, non solùm ut possit subemphyteuticare, seu libellare; sed etiam alias facultates, & proprietates dominij directi, ut quod possit concedere subemphyteutæ facultatem alienandi rem Emphyteuticam, & quod ipsi Emphyteutæ solvi debeat laudemium, eidemque competat jus prælationis pro eodem pretio, quando subemphyteuta voluerit rem vendere, seu jus, quod 53

in illa habet, & similia, quæ dominium directum consequi solent; hæc omnia tunc Emphyteutæ competere, ut bene post Gamam *decis.* 323. *num.* 3. & 5. & Caldas *dicta quæst.* 18. *num.* 44. §. *quod in laudemio*, tradit Mol. *d. disp.* 411. *n.* 2. quia licet hujusmodi facultates non competant Emphyteutæ ex vi contractus Emphyteutici nude, & secundũ suam præcisam naturam spectati, attamen nil vetat, quominus ex peculiari pacto, seu concessione dominica stare possint cum substantia ipsius contractus Emphyteutici, ut aperte sumitur *ex l.* 1. *Cod. de jure Emphyt. in principio*, ibi, *Sancimus, si quidem aliquæ pactiones in Emphyteuticis instrumentis fuerint conscripta*, eaidem, & in omnibus alijs capitibus observari. Id; quod etiam in feudo tenendum est. Unde fieri potest, ut præter directum dominium, & jus exigendi aliquod servitium, aut pensionem, nihil aliud penes proprietarium remaneat, sed reliqua omnia cum plena rei administratione Emphyteutæ, aut feudatario competant. Quo pacto licet regnum Siciliæ sit feudum Ecclesiæ Romanæ, tamen Reges illius ultra utile ejus dominium habent plenam illius administrationem, & potestatem subinfeudandi, & Emphyteuticandi, quælibet ejus oppida, & prædia, atque omnia jura in subvassallos, & Emphyteutas, manente solum penes Summum Pontificem proprietate, & jure ad aliquod servitium recipiendum in recognitionem dominij, ut notat idem Molina *num.* 3. Quamvis aliqui apud Caldas *dicta quæst.* 13. *num.* 30. diverso modo explicent, qualiter inter Pontificem, & Regem dominium illius regni sit divisum.

De Juribus, quæ secundum rei naturam Emphyteutæ competunt respectu subemphyteutæ.

§. I.

SUMMARIUM.

Utrum penes Emphyteutam, qui subemphyteuticavit, maneat utile dominium rei? Prima sententia negat. n. 54.

Hæc sententia est communis, & non solum procedit, quando Emphyteuta omne suum jus expresse transtulit in subemphyteutam, sed etiam quando id non expressit, ibidem.

Contraria sententia magis aliquibus probatur. n. 55.

Ambæ prædictæ sententiæ judicantur probabiles, & problematicè defenduntur. n. 56. & 57.

Ultimum judicium Authoris circa illas, n. 58. *fine.*

Cum in jure dicitur subinfeudantem esse dominum subfeudatarij, intelligitur cum habere umbram, & quasdam reliquias utilis dominij; & in quo illæ reliquiæ consistant? n. 56.

Male aliqui dicunt subemphyteuticantem non transferre dominiũ utile in subemphyteutam, sed solam comoditatem rei, seu exercitium utilis dominij. n. 57.

Non est inconveniens admittere, quod tam Emphyteuta, quam ejus subemphyteuta hab ant simul utile dominium rei subemphyteuticatæ. ibidem.

Quod communiter dicitur, non posse esse simul duos dominos in solidum ejusdem rei, quo modo intelligatur? ibidem.

Subemphyteuticans non transfert in subemphyteutam suum dominium utile, sed concedit ei aliud diversa rationis. n. 58.

Nemo in re sua habet formaliter jus servitutis, aut pignoris. ibidem.

Penes Emphyteutam, qui rem subemphyteuticavit nulla propria est possessio

rei

rei Emphyteutica. Sed solus dominus directus illam possidet civiliter; & solus subemphyteuta illam possidet naturaliter. num. 59.

Non est tamen deneganda tali Emphyteutæ quasi possessio tam civilis, quam naturalis, respectu jurium, quæ illi post subemphyteuticationem competunt. n. 60.

53 Difficultas autem non levis est, quænam jura competant Emphyteutæ, qui rem subemphyteuticavit, quando proprietarius præter licentiam ad subemphyteuticandum nihil aliud illi expresse concessit? In qua difficultate nonnullæ involvuntur dubitationes singilatim expediendæ.

54 Prima dubitatio est, utrùm penes hunc Emphyteutam maneat utile dominium rei? Negat Glossa Acurtij §. *adeo, verbo, propriam, Inst. de locatione,* quam sequuntur Jason, Alexand. Ale. & alij apud Valasc. *de jure Emphyteut. quæst. 13. sub num. 11. §. addunt tamen:* negat etiam Gama *decis. 244. n. 7.* Molina *dicta disp. 471. n. 7.* Brittus *in c. potuit. §. 1. n. 7. de locato,* & Gab. Pereira *decis. 26. n. 10.* Estque communis sententia, quæ, ut contra Valascum ostendit Caldas *de renovat. quæst. 13. num. 41. & seqq.* non solùm procedit, quando Emphyteuta omne suum jus expresse transtulit in subemphyteutam, in quo casu nulla est dubitatio, sed etiam quando rem simpliciter subemphyteuticavit, nihil aliud exprimendo, Fundamentum est, quia per subemphyteuticationé simpliciter factam acquirit subemphyteuta utile dominium rei, ut per Bartholum, & Doctores *in l. ex asse, ff. ad Trebellianũ:* ergo non manet penes subemphyteuticantem; nam dominium ejusdem speciei penes duos in solidum esse non potest, *l. si ut certo, §. si duobus, ff. commodati, l. quod contra, vers. uni duo ff. de regulis juris, & l. hareditate, ff. de Castrensi peculio.* Confirmatur, quia subemphyteuticans transfert dominium utile in subemphyteutam: ergo non retinet illud.

55 Oppositum nihilominus, paucis alijs in eandem sententiam adductis, tradunt Valascus *de jure Emphyteutico, quæst. 13. num. 12.* & Caldas *dicta q. 13. præsertim num. 23. 38. & 55.* quamvis *tract. de extinctione Emphyt. cap. 4. num. 49.* prædictam communem sententiam magis probet. sequitur Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 3. num. 19.* Fundamentum est primò, quia vassallus, seu feudatarius subinfeudans manet dominus respectu feudatarij, ut constat *ex cap. 1. vers. illud quoque de prohibita feudi alienatione per Federicum,* ibi, *dominum domini sui,* & rursus ibi, *nisi vassallus, itemque dominus:* quod etiam sumitur ex multis alijs juribus, & traditur communiter à Doctoribus, ut apud citatos videre licet: dominium autem, quod feudatarius habet; & retinet, quando subinfeudat, est dominium utile; nam directum propriè, & simpliciter ad solùm proprietarium spectat: ergo similiter Emphyteuta, qui rem subemphyteuticavit, dominium utile habet: eadem enim hac in re de feudatario, & Emphyteuta est ratio. Secundò, quia quando Emphyteutæ conceditur, ut possit rem subemphyteuticare, intelligi debet secundùm naturam contractus Emphyteutici, argumento *legis, si quando, Cod. de inofficioso testamento, & l. si uno, ff. locati, & l. stipulatus, ff. de usuris,* natura autem hujus contractus est, ut apud concedentem maneat aliquod dominium rei. Tertiò, quia quando dominus directus concedit Emphyteutæ licentiam ad rem alienandam, id intelligitur, salvo suo dominio directo: ergo similiter, quando Emphyteuta impetrat simpliciter licentiam ad rem subemphyteuticandam, debet intelligi absque præjudicio in suo dominio utili.

56 Ambæ hæ sententiæ sunt probabiles, & æquali fermè probabilitate defendi possunt. Nam si primam tueri velis, respondere potes ad primum, & principale fundamentum secundæ, solùm probare, quod apud subinfeudantem, seu subemphyteuticantem manent quædam reliquiæ utilis dominij; vel, ut alij loquuntur, umbra quædam illius, ratione cujus manet quodammodò dominus. Ita enim explicant multi, quos refert idem Valascus *dicta q.* 13. *num* 11. §. *verum hæc*, & Cald. *d. q.* 13. *n.* 33. & hanc esse communem sententiam asseverat Mol. *d. disp.* 471. *n.* 18. cum Julio Claro *lib.* 4. *sententiarum*, §. *feudum*, *q.* 33. *n. ultimo.* Quod si quæras, in quonam consistant hujusmodi reliquiæ, & umbra utilis dominij? Respondent citati Doctores, consistere in jure ad exigendum servitium, vel pensionem, quam subvassallus, vel subemphyteuta ei solvere tenetur. Deinde ad secundum negabis maiorem: nam tam concessio ad subemphyteuticandum, quam ipsa subemphyteuticatio intelligi debet secundùm naturã subemphyteusis, quæ non postulat, ut apud subemphyteuticantẽ maneat proprium dominium utile, sed tantũ dicta umbra, vel reliquiæ illius, quas hæc sententia fatetur apud illum manere. Ad tertium negabis consequentiam; nam cùm de intrinseca ratione subemphyteuticationis sit, ut per eam concedatur, & transferatur utile diminium in subemphyteutam, fieri nequit, ut quis impetret licentiam ad subemphyteuticandum absque præjudio, & amissione dominij, quod antea habebat.

57 Si autem magis placeat secunda sententia, dupliciter ad fundamentum primæ responderi potest. Primò, dicendo non acquiri, neque concedi subemphyteutæ utile dominium rei, sed solam commoditatem, seu exercitium utilis dominij, id est, jus percipiendi emolumenta ex re emphyteutica, vel feudali nomine emphyteutæ, vel feudatarij qui eam subemphyteuticavit, vel subinfeudavit. Ita cum Carolo Molineo, & quibusdam alijs sentit Caldas *d. q.* 13. *n.* 21. 42. *&* 55. quem sequitur Fragos. *dicto* §. 3. *n.* 21. *& disp.* 13. §. 2. *n.* 20. ubi inde infert, si subemphyteuta emat ab emphyteuta jus; quod ei remansit, deberi laudemium ex tali emptione, eo quod per illam acquisierit utile rei dominium, quo antea carebat. Hæc tamen responsio difficultatem habet, & excluditur satis efficaciter *ex cap.* 1. §. *similiter*, *de lege Conradi*, ubi habetur, quod subfeudatarius potest rursum subinfeudare, & sic in infinitum, sine præjudicio tamen proprietarij: qui autem solùm habet commoditatem feudi subinfeudare non potest, cùm jus in re non habeat; sed tantùm nomine alterius emolumenta illius percipiat: unde Molina *dicta disp.* 471. *n.* 18. illam Caroli Molinei sententiam falsam simpliciter appellat, & dicit esse contra communẽ Doctorum. Quare secundo, & melius responderi potest, nullum esse inconveniens, quod post subemphyteuticationem tam emphyteuta, quàm ejus subemphyteuta habeat utile dominiũ rei; pro ut sumitur ex *dicta cap.* 1. *vers. illud quoque*, *de prohibita feudi alienatione per Federicum*, ubi feudatarius, qui subinfeudavit, appellatur simpliciter dominus subfeudatarij. Nã quod communiter dicitur, & jure approbatur, non posse esse duos dominos in solidum ejusdem rei, intelligitur de duobus dominis ejusdem omninò rationis, ac minime inter se subordinatis, quod in præsenti non evenit, cum subemphyteuta habeat dominium subordinatum dominio emphyteutæ, quem tamquam suum immediatũ dominum recognoscit. Quæ responsio est Valasci, & aliorum, quos refert *dicta q.* 13. *num.* 12. §. *nec obstabit*; & eandem doctrinam, relatis alijs, tradit, & declarat Caldas *dicta q.* 13. *n.* 29.

Deinde

58 Deinde ad confirmationem respondetur facilè negando antecedens. Nam cum dominium utile, quod subemphyteuta acquirit, sit diversæ rationis, ac subalternatum respectu ejus, quod competit emphyteutæ, dici nequit, quod per subemphyteuticationē transfert emphyteuta suum dominiū utile in subemphyteutam, sed quod illi concedit aliud dominium diversæ speciei, ad eum modum, quo dominus directus, cùm in se non habeat formale dominium utile, ut probat Valascus *dicta q.* 13. *n.* 8. *per l.* 3. *§. ex pluribus, ff. de acquirenda possess.* tamen illud potest producere per concessionem emphyteuticam formatam per legem in persona emphyteutæ. Neque est novum, ut quis in persona alterius producat aliquod jus, quod formaliter in se non habet, ut multis exemplis probat idem Valascus *dicto num.* 8. *§. quod si.* Nam cùm nemini res sua serviat *l. in re communi, ff. de servitutibus rusticorum prædiorum*, tamen servitutem in sua re cōstituere potest: & cùm pignus in rem propriam non cadat. *l. nec pignus, ff. de regul. juris*; tamen jus pignoris in sua re quilibet dare potest. Denique Ulpianus *l. non est novum, ff. de acquirendo rerum dominio*, sic habet: *Non est novum (inquietis) ut qui dominium non habet, alij dominium præbeat.* Unde hæc sententia secunda videtur juri conformior, & re ipsa probabilior: prima verò, cùm sit communis, videtur in praxi sequenda.

59 Secunda dubitatio est, utrùm post subemphyteuticationem retineat emphyteuta aliquam possessionem rei? Respondetur, si loquamur de propria possessione, nullam penes illum possessionem manere. Ita Glossa *in dicta l. si ut certo, §. si duobus, verbo, dominium, ff. commodati*, & Glossa finalis *in l. unica, Cod. uti possidetis, vers. item cum feudatarius*, Barthol. & Salicetus *ibidem*: Caldas *dicta quæst.* 13. *n.* 35. & Molina *dicta disp.* 471. *n.* 8. & 9. Qui omnes docent proprietarium rei subinfeudatæ, vel subemphyteuticatæ possidere illam civiliter: subfeudatarium, & subemphyteutam, naturaliter: feudatariū autem, & emphyteutam nullo modo. Quod proprietarius habeat possessionem civilem, patet: nam quod res fuerit subinfeudata, vel subemphyteuticata de ejus consensu, non tollit quominus retineat possessionem, quam antea habebat, quæ erat vera possessio civilis, ut omnes fatentur. Deinde quod subemphyteuta, vel subfeudatarius habeat naturalem possessionem, constat; siquidem hic solus realiter ipsam rem tenet, & fruitur: unde nec proprietarius, nec emphyteuta, aut feudatarius, qui rem subemphyteuticavit, vel subinfeudavit, naturalem ejus possessionem habet. Quod autem civilis etiam possessio penes eundem emphyteutam, vel feudatarium non sit, inde fit planum, quia subemphyteuticatio, & subinfeudatio non eò tendit, ut subemphyteuticans, aut subinfeudans acquirat aliquam rei possessionem, quæ sibi antea non competebat: constat autem illi antea non competere possessionem civilem, sed tantùm naturalem, ut alibi cum cummuni sententia tradidimus.

Dixi, si loquamur de propria possessione; quia non est deneganda illi emphyteutæ quasi possessio, tam civilis, quam naturalis, eorum jurium, quę illi post subemphyteuticationem competunt, ut juris ad exigendam pensionem subemphyteutæ impositam, & dominij utilis justa secundam sententiam præcedenti dubitatione traditam; & si quod aliud illi competit juxta ea, quę sequentibus dubitationibus resolvemus. Sic Caldas *d. quæst.* 13. *n.* 34. & 35. & Molina *supra n.* 9. 60

Expediuntur quædam aliæ dubitationes circa eandem materiam.

§. II.

SUMMARIUM.

Si subemphyteuta suum utile dominium alienare velit, debere requiri proprietarium, eique laudemium solvi, non verò Emphyteuta, communior sententia affirmat. n. 61.

Alia verò sententia affirmat solùm Emphyteutam esse requirendum, eique laudemium solvendum in casu proposito. num. 62.

Hæc secunda sententia præfertur, stando in opinione, quod Emphyteuta post subemphyteuticationem retinet suum dominium utile. n. 63.

Licet autem solus Emphyteuta requirendus sit, tamen omnia jura, quæ ante subemphyteuticationem domino competebant, illi manent salva: unde non potest à subemphyteuta alienari res in potentiorem; neque fieri aliud, quod domino directo præjudicet. ibidem.

Stando autem in opinione, quod dictus Emphyteuta non retinet suum dominium utile; prima sententia tenenda est. n. 64.

Utrùm domino directo, vel potius emphyteutæ, qui rem subemphyteuticavit, competat jus prælationis pro eodem pretio, quando subemphyteuta jus suum vendere voluerit? Et cuinam etiam competat jus exigendi pœnam commissi, quando subemphyteuta in illud inciderit? num. 65. & 66.

Etiam in opinione, quæ tenet Emphyteutam, qui rem subemphyteuticavit, non retinere suum dominium utile, dicendum est penes illud esse jus exigendi pœnam commissi incursam à subemphyteuta ob non solutam pensionem, quam Emphyteuta sibi reservavit, quamvis contrarium sentiat Gama. n. 66.

Emphyteuta prospicere debet, ne subemphyteuta incidat in commissum adversus proprietarium rem deteriorando, vel alienando. ibidem.

Si volente Emphyteuta rem subemphyteuticare, proprietarius utens jure prælationis occupet locum subemphyteutæ tantundem offerendo; vel si subemphyteuta suum jus in proprietarium alienet, an tunc retineat Emphyteuta idem jus respectu proprietarii, quod haberet respectu subemphyteutæ? Proponitur ratio dubitandi pro utraque parte. n. 67.

Quid Caldas ad hanc quæstionem respondeat? n. 68.

Magis autem probantur duæ aliæ responsiones. n. 69. & 70.

In omni autem sententia debet proprietarius, dum obtinet locum subemphyteutæ, solvere Emphyteutæ pensionem, quam subemphyteuta soluturus erat, detracto solum canone, qui ab ipso Emphyteuta debebatur. n. 71.

Si res Emphyteutica, vel feudalis, tradita sit in pignus domino directo, quandiu dominus eam sic retinuerit, suppressum erit utile dominium, & naturalis possessio, quæ Emphyteutæ, vel feudatario in ea re competebat. n. 70.

Nec dominus tenebitur computare in sortem fructus, quos interim ex illa perceperit. n. 71.

Subemphyteuta, & subvassallus possunt similiter eandem rem alteri subemphyteuticare, & subinfeudare. n. 72.

An tunc Emphyteuta, & vassallus retineant eodem modo jus suum respectu sui immediati subemphyteutæ, aut subvassalli? ibidem.

Tertia dubitatio. Si subemphyteuta suum utile dominium, & possessionem alienare velit, quemnam debeat requirere, Emphyteutamne, qui rem illi subemphyteuticavit, an proprietarium? & cõsequenter cuinam ex his duobus solvi debeat laudemium? Communis sententia affirmat 61

firmat requirendum esse proprietariũ, eidemque solvendum esse laudemiũ. Pro qua sententia multos Doctores refert Galdas *dicta q. 13. n. 14.* & Brittus *in cap. potuit, §. 1. n. 6. de locato*, eamque sequitur Mol. *dicta disp. 471. n. 5. & 10.* & videntur sequi omnes, qui sentiunt, non manere dominium utile penes ejusmodi Emphyteutam: eidem subscribunt nonnulli, quos referemus *disp. 4. sect. 4. n. 42.* Probatur primò, quia si apud talem Emphyteutam nec dominium, nec possessio manet, nulla est ratio, cur ipse potius, & non proprietarius, qui tam dominium directum, quam civilem possessionem habet, requiri debeat à subemphyteuta volente rem alienare, eidemque laudemium solvendum sit, maximè cum Emphyteuta non tam à subemphyteuticante, quam à proprietario, qui facultatem ad subemphyteuticandum concessit, jus Emphyteuticum videatur habere. Secundò, quia esto in dicto Emphyteuta maneat dominium utile juxta probabilem sententiam: attamen jus prestandi consensum alienationi rei Emphyteuticæ, & exigendi laudemium, solùm intelligitur concessum domino directo, seu proprietario, qui tantùm propriè, & simpliciter est dominus, ut per *l. 1. §. 1. ff. ad Sillanianum, & l. 1. §. 1. ff. de religiosis, & sumptibus funerum.* Tertiò, quia si predita jura non competerent proprietario respectu subemphyteutæ, posset facilè reddi deterior causa ipsius proprietarij per alienationem rei in alias, atque alias personas, eo prorsus inscio, & sic devenire ad aliquem potentiorem, vel privilegiatum, à quo eam recuperare non possit, etiam post finitam Emphyteusim.

62 Nihilominus predicta jura competere ipsi Emphyteutæ, non verò proprietario respectu subemphyteutæ, docent Valascus *dicta q. 13. de jure Emphyt. n. 12.* & Caldas *dicta q. 13. n. 36. & 38.* quamvis *d. n. 36.* addat se de hoc dubitare. Fundamentum est, quia hic Emphyteuta est immediatus dominus respectu subemphyteutæ, ut à simili constat *ex dicto cap. 1. vers. illud quoque, de prohibita feudi alienat. per Federicum*, ubi feudatarius dicitur absolutè dominus subfeudatarij, ergo habet respectu illius omnia jura dominicalia, teneturque subemphyteuta eum tamquam suum immediatum dominum recognoscere, non tantùm solvendo illi pensionem, quam ipse Emphyteuta sibi reservavit, sed etiam recurrendo ad illum pro re alienanda, & solvendo ei laudemium: nam hæc omnia ad jus dominicale pertinent. Quod si opponas, etiam proprietarium esse dominum respectu subemphyteutæ, & cùm sit dominus directus, & principalis, ad eum potius esse recurrendum pro facultate alienandi, illique potius deberi laudemium. Respondet Galdas *n. 34.* proprietarium habere quidem verum dominium directum, etiam respectu subemphyteutæ, at mediatum, & ligatum, donec sublato, vel cessante jure Emphyteutæ intermedij, fiat devolutio, tantaque approximatio, ut posset exire in actum. Itaque ipse Emphyteuta est proprius, & immediatus dominus respectu subemphyteutæ, & ab eo per omnia debet recognosci, non verò proprietarius, qui respectu subemphyteutæ solũ mediate, & impropriè est dominus, ut magis declarat idem Galdas *n. 26. ex d. vers. illud quoque*, ubi solus vassalus, non verò dominus superior, vocatur dominus subvassalli, *& ex cap. unico de allodijs, ad finem*, ibi, *aut sub rege dominum suum non adjuverit.*

Hæc secunda sententia stando in opinione supra tradita, quod subemphyteuticans retinet suum utile dominium, videtur plane vera. Et confirmatur ulterius, quia tunc dominus directus est requirendus, eique laudemium solvendũ secundum leges, quando distrahitur utile dominium, quod 63

ipso

ipse concessit: hoc autem dominium non distrahitur, quando subemphyteuta suum jus alienat; siquidem non obstante tali alienatione, adhuc utile dominium, quod dominus concessit, permanet apud Emphyteutam, qui rem subemphyteuticavit: ergo quando subemphyteuta vult alienare, non est requirendus dominus directus, neque ei solvendum est laudemium, sed Emphyteutæ, qui subemphyteuticavit, & est immediatus dominus respectu ipsius subemphyteutæ. Nec fundamenta prioris sententiæ vim habent. Nam primum solù procedit, supposito quod nullum dominium maneat penes Emphyteutam, postquam rem subemphyteuticavit. Ad secundum verò respondetur jus præstandi consensum alienationi, & exigendi laudemium, solùm intelligi concessum proprietario respectu sui immediati Emphyteutæ, non autem rospectu sobemphyteutæ, cum respectu hujus solus Emphyteuta, qui rem illi subemphyteuticavit, proprium, & immediatum dominium habeat; esto respectu rei Emphyteuticæ solus proprietarius sit simpliciter, & principaliter dominus. Ad tertium respondetur, prædicta jura dominicalia ita debere intelligi competere Emphyteutæ respectu subemphyteutæ, ut tamen domino directo non præjudicetur, ut cum Socino, & alijs notat Valascus *dicta q.* 13. *n.* 13. nam quando dominus directus subemphyteuticationi consentit, intelligi debet consensisse, salvo jure suo, esto id non expresserit, quia nemo credendus est aliter consentire, *l. cum de indebito vers. nec enim ff. de probibit.* quod advertit idem Valascus *n.* 12. §. *ex quibus*; *in fine*; ubi cum Joanne Fabro, resolvit tam salvũ manere jus domino directo, quam si res non fuisset subemphyteuticata: itaque immediatũ Emphyteutã, postquam rem subemphyteuticavit habere omnia jura, quæ dominus directus habet in re Emphyteutica, dum tamen ipsi domino præjudicium non fiat. Unde non potest illo inuito alienari res in personam potentiorem, neque aliud circa eam fieri, per quod causa ipsius domini reddatur deterior, & ita cessat omne inconveniens, à quo illud tertium fundamentum sumitur.

Si autem stemus in communi opinione relata *n.* 54. quæ tenet nullum dominium manere penes Emphyteutam post subemphyteucationem rei, tunc omnino tenendum est, dicta jura dominicalia respectu subemphyteutæ, competere tantùm proprietario, qui solus in hac opinione est dominus, etiam respectu subemphyteutæ, ut patet. Et ita Doctores communiter sentiunt, ut apud citatos videre licet. Cæterum cùm supra, spectato juris rigore, probabiliorem judicaverimus opinionem, quæ contendit manere utile dominium penes dictum Emphyteutam, consequenter nunc tenere debemus, eidem etiam competere dicta jura dominicalia: quamvis in praxi oppositum fortasse tenendum sit, prout teneri audio, eò quod communis opinio nullum dominium, & consequenter nec prædicta dominicalia jura in præfacto Emphyteuta agnoscat. 64

Omnium verò tutissima sententia est: quam tradit Emman. Barbosa *in remis. ad Ordin. Lusit. lib.* 4. *tit.* 38. *in princ. num.* 36. ubi cum Menochio, & Flores de Mena resolvit, si dictus Emphyteuta non abdicavit à se suum dominiũ utile, requirendũ esse à subemphyteuta in casu proposito, tam cõsensum ipsius Emphyteutæ, quàm domini directi. At hæc sententia, quatenus etiam domini directi consensum requirit, in suppositione, quod Emphyteuta suum utile dominium retinet, satis ex supradictis confunditur, nec obscurè ab illa recedit Aug. Barb. *in collect. ad c. potuit, de locato, n.* 8. stando autè in predicta cõmuni opinione, quod nullum dominium remanet penes Emphyteutã, defendi facilius potest, tam

ipsius

ipsius emphyteutæ, quam domini directi cõsensum requiri debere, ut contra communem defendit Brittus *sup. n.* 6. *cum seqq.* At neque hæc sententia placet, cùm sit valde singularis, nec sufficienti fundamento subnixa, quamvis tolerari possit cum moderamine, quod citatus Doctor habet *n.* 8. dicens consensum emphyteutæ non requiri propter evitandam pœnam commissi, sed solùm propter vitandum præjudicium ipsius emphyteutæ, ne postea alienationem impugnet.

65 Ex his colliges, quid tenendum sit in simili quæstione circa jus prælationis pro eodem pretio, quando subemphyteuta jus suum vendere voluerit: & circa jus exigendi pœnam commissi, quando subemphyteuta casu aliquo in illud inciderit? Si enim teneamus opinionem, quæ probat manere utile dominium in emphyteuta, postquam rem subemphyteuticavit, profectò eidem etiam concedere debemus hujusmodi jura; per quæ tamen dominio directò præjudicium non fiat, sicut proxime dictum est de jure præstandi consensum alienationi, & tenet cum alijs Valascus *dicta quæst.* 13. *n.* 12. §. *ex quibus, in fine, & n.* 13. Et quidem quod attinet ad jus prælationis, constat facilè ex eo, quod hoc jus solùm competit illi domino, quem subemphyteuta requirere debet antequam suum jus alienet: is autem est dictus emphyteuta, supposito quod dominium utile retineat, ut probatum est. Cæterum quod idem dicendum sit de jure exigẽdi pœnam commissi, satis etiam apertè sumitur ex supradictis, nam cum solus emphyteuta maneat proprius, & immediatus dominus respectu subemphyteutæ, ad eum spectant omnia jura dominicalia respectu ipsius subemphyteutæ, ut tradit Valascus *dicto* §. *ex quibus*: ac speciatim de jure exigendi pœnam commissi, id notat Caldas *dicta quæst.* 13. *n.* 36.

66 Retenta verò communi opinione docente, nullum dominium manere in emphyteuta, oppositum omninò dicendum est, nempè neque jus prælationis, neque exequendi pœnam commissi ex quovis casu competere emphyteutæ, sed tantùm proprietario, ut expresse tradit Molina *dicta disp.* 471. *num.* 5. 11. & 16. ac specialiter quo ad jus exigendi pœnam commissi Gama *decis.* 326. *num.* 5. Et ita videntur sentire omnes, qui nullum dominium penes emphyteutam post subemphyteuticationem agnoscunt. Hanc autem resolutionem meritò limitat Molina *supra*, ut non procedat de jure ad pœnam commissi incursam à subemphyteuta, ob non solutam pensionẽ, quam emphyteuta sibi reservavit, quamvis contrarium censeat Gama *proximè citatus; & decis.* 244. *n.* 8. Ratio est, quia eo ipso, quod emphyteuta sibi reservavit pensionem ex consensu proprietarij, qui facultatem ad subemphyteuticandum concessit, censetur etiam illi concessum quidquid jure communi ad illam recuperandam constitutum est; hoc autem est jus exequendi pœnam commissi, si subemphyteuta eam non solverit. Et ita hanc etiam partem tradit Glossa Acursij *in* §. *adeo*, *verbo propriam*, *Instit. de locatione*, Caldas plures referens *dicta q.* 13. *de renovat. n.* 44. & Valasc. *de jure emphyt. q.* 13. *n.* 11. *in fine*, ubi ait, se non reperire Acursium ab aliquo in prædicta Glossa reprobatum. Advertit etiam optimè idem Molina *num.* 16. licet subemphyteuta hanc pensionem non solvat, debere tamen emphyteutam prospicere, ne subemphyteuta in commissum incidat adversus proprietarium rem deteriorando, vel alienando: alioquì sibi etiam id nocere, tametsi agere tunc possit ad interesse adversus subemphyteutam.

Quarta dubitatio est, si volente emphyteuta rem subemphyteuticare proprietarius utens jure prælationis subemphyteutam excludat tantundem 67

de offerendo, an tunc emphyteuta retineat idem jus respectu proprietarij; quod retineret respectu subemphyteutæ, si is à proprietario non excluderetur? eademque dubitatio est, si subemphyteuta jus suum alienet in ipsum proprietarium? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia si proprietarius occupet locum, & jus subemphyteutæ, sequitur eundem esse formaliter dominum directum, & utilem respectu ejusdem rei, quod repugnat: nam esset dare recognitionem superioritatis respectu sui ipsius contra textũ, *in cap. 2. de consuetudine in 6.* Unde nec in re propria potest quis habere usumfructum formalem, *l. uti frui, ff. si usufructus petatur*: nec servitutem, *l. in re communi, & l. tria, ff. de servitutibus rusticorum prædiorum*; & per consequens neque Emphyteusim, quæ est quædam servitus anomala, & usuifructui similis. Unde tandem sequitur, si proprietarius subemphiteutam expellat, vel rem ab illo obtineat, non posse in Emphyteuta manere jus, quod haberet respectu subemphyteutæ, cum hoc sit jus superioris respectu habentis dominium utile inferius: proceditque difficultas, sive dicamus manere utile dominium in ipso emphyteuta, sive tantum reliquias ipsius, ut communis sententia affirmat. Pro parte autem affirmativa stat, quod tam jus prælationis competens domino, quam alienatio in ipsum facta à subemphyteuta intelligi debet absque prejudicio emphyteutæ, ut omnes fatentur.

68 Pressus hac difficultate Caldas *tract. de extinctione emphyt. c. 4. à n. 47.* varias adhibet responsiones, & modos ad explicandum quomodo dominus directus absque emphyteutæ præjudicio, & salvis juris regulis, locum subemphyteutæ occupare possit: ac rejectis alijs, in ea tandem conquiescit, dicendum videri, quando dominus subemphyteutam removet, ut locum ejus occupet, nihil aliud agere, quam ut dominium utile acquirat consolidandum cum directo simul ac ad eum pervenerit, sicut contingit quando Emphyteusis alicui venditur, & dominus eam sibi pro eodem pretio accipit: pro tempore autem, quo Emphyteusis duratura erat, solvere debere emphyteutæ aliquid annuum loco pensionis, quæ à subemphyteuta illi obventura erat, ut sic ejus præjudicium vitetur: cęterùm id non solvere tanquam subemphyteuta ratione alicujus dominij utilis, & subalternati respectu emphyteutæ, quasi is aliquam superioritatem retineat, quam dominus tali modo recognoscere debeat, sed tanquam debitor illius annuę pręstationis adinstar cujusdam census, quem quilibet dominus in re propria constituere potest. At hæc etiam responsio non caret difficultate, quia, ut fatetur idem Caldas *num. 49, in fine*, si dominus directus neglexerit dictam annuam præstationem statutis à jure temporibus solvere, revertetur Emphyteusis ad ipsum emphyteutam in pœnam commissi; quod est signum manere in ipso Emphyteuta proprium jus emphyteuticum, aut reliquias saltam illius respectu ipsius proprietarij, quemadmodum maneret respectu subemphyteutæ: unde necesse est dari etiam in domino jus subalternatum, & subjectionem respectu emphyteutæ, & consequenter etiam respectu sui ipsius.

Potius ergo dicendum videtur, 69 quod tanquam probabile tradit idem Caldas, non esse contra juris regulas, quod diversis respectibus eadem numero persona habeat simul formaliter dominium directum, & utile ejusdem rei: itaque in proposito casu eundem esse dominum directum respectu emphyteutæ retinentis sub eo dominium inferius, & simul utilem, ratione juris subalternati, quod consequitur ex eo, quod locum, & vicem subemphyteutæ obtineat, ratione cujus juris ipsum

ipsum emphyteutam recognoscit tanquam dominum, qui retinet respectu illius omne jus, quod respectu subemphyteutæ haberet, hoc tantum excepto, quòd non possit exigere à proprietario integram pensionem, quæ à subemphyteuta solvenda erat, sed eam tantùm partem, quæ sibi remaneret post solutum canonem, seu pensionem proprietario debitam: ut si emphyteuta, qui proprietario solvebat decem, rem subemphyteuticaret pro viginti, proprietarius locum subemphyteutæ occupans non teneretur solvere viginti, sed tantùm decem, quæ emphyteutæ remanerent.

70 Vel certè, si durum videatur admittere prædicto modo in eadem persona simul dominium directum, & utile, dici potest, quòd in simili, quando res emphyteutica ipsi proprietario ad longum tempus locaretur, docet idem Caldas *d. c. 4. n. 52.* nimirum quod ubi proprietarius naturalem possessionem rei emphyteuticæ consequitur loco subemphyteutæ, aut conductoris ad longum tempus, non extinguitur simpliciter utile dominium, sed supprimitur, & quasi dormit, quandiu res eo titulo à proprietario possidetur; ita ut pro tunc sit quasi mortuum, aptum tamen excitari, & reviviscere, ubi cessaverit titulus, finitumve fuerit tempus, pro quo subemphyteuticatio, aut locatio facta est: interim autem sic res, ac plenum ejus dominium penes proprietatarium sit, ut nullum superiorem, aut dominum recognoscat: ad eum modum, quo res emphyteuteutica, vel feudalis, penes dominum esset, si ei tradita fuisset in pignus; quandiu enim eã sic retineret, non haberet illam ut aliquo modo alienam, etiam quoad dominium utile; sed tam hoc, quam naturalis rei possessio, quæ emphyteutæ, aut feudatario competebat, maneret suppressa, & quasi extincta, dominusque rẽ tanquam pleno jure ad se pertinentem possideret, ac fructus ejus perciperet,

71 Hac enim de causa licet generaliter certum, ac definitum sit *in cap. illo vos, d. usuris*, non posse creditorem citra usuræ labem sibi percipere fructus rei in pignus acceptæ, nisi eos in sortem computare velit: tamen fallit hoc in domino directo, cui res feudalis, aut emphyteutica in pignus data est, ut de re feudali habetur *in cap. 1. de feudis & in cap. conquestus de usuris*: & de re emphyteutica decernitur *lib. 4. Ordinationum Lusitanarum, tit. 67. §. 4.* quod licet à Valasco *de jure Emphyteutic. quæst. 38. num. 29.* Fragosus *tomo 3. lib. 7. disp. 15. §. 3. n. 2. & seqq.* & quibusdam alijs, intelligatur, quando servitium, aut pensio, quæ alias domino solvenda erat, fructibus æquatur, ita ut fructus in compensationem illius cedant: tamen à plerisque absolutè intelligitur, sive fructus æstimationem servitij, & pensionis excedant, sive non, ut videre est apud eundem Valascum, & Fragos. *proximè citatos*, & apud Caldas *supra*, inter quos est Hostiensis, Abbas, Navarrus, & alii gravissimi Doctores: cujus resolutionis non alia est ratio, nisi quia dum res est apud dominum directum, illam possidet pleno jure tanquam omninò suam; ex qua proinde tanquam sua fructus percipit irrevocabiliter, suppresso interim, & quasi extincto dominio utili, & naturali possessione, quæ aliàs vassallo, aut emphyteutæ competebat. Similiter ergo in nostro casu dicendum ob eandem rationem. Neque per hoc præjudicatur emphyteutæ, quia semper ei solvendum est à proprietario incrementum pensionis, quod ipsi aliàs competebat: id, quod in omni sententia fatendum, est etiã quando per alienationem in proprietarium à subemphyteuta factam utile dominium prorsus extingueretur, & cõsolidaretur cũ directo, ut notat Mol. *disp. 471. n. 5. & 12.* Atque ita servatur in praxi. Quod autem dictum est, posse dominum directum, cui res emphyteutica tradita est,

 in

in illa habet, & similia, quæ dominium directum consequi solent; hæc omnia tunc Emphyteutæ competere, ut bene post Gamam *decis.* 323. *num.* 3. & 5. & Caldas *dicta quæst.* 18. *num.* 44. §. *quod in laudemio*, tradit Mol. *d. disp.* 411. *n.* 2. quia licet hujusmodi facultates non competant Emphyteutæ ex vi contractus Emphyteutici nude, & secundū suam præcisam naturam spectati, attamen nil vetat, quominus ex peculiari pacto, seu concessione dominica stare possint cum substantia ipsius contractus Emphyteutici, ut aperte sumitur *ex l.* 2. *Cod. de jure Emphyt. in principio*, ibi, *Sancimus, si quidem aliquæ pactiones in Emphyteuticis instrumentis fuerint conscripta*, easdem, & in omnibus alijs capitibus observari. Id, quod etiam in feudo tenendum est. Unde fieri potest, ut præter directum dominium, & jus exigendi aliquod servitium, aut pensionem, nihil aliud penes proprietarium remaneat, sed reliqua omnia cum plena rei administratione Emphyteutæ, aut feudatario competant. Quo pacto licet regnum Siciliæ sit feudum Ecclesiæ Romanæ, tamen Reges illius ultra utile ejus dominium habent plenam illius administrationem, & potestatem subinfeudandi, & Emphyteuticandi, quælibet ejus oppida, & prædia, atque omnia jura in subvassallos, & Emphyteutas, manente solùm penes Summum Pontificem proprietate, & jure ad aliquod servitium recipiendum in recognitionem dominij, ut notat idem Molina *num.* 3. Quamvis aliqui apud Caldas *dicta quæst.* 13. *num.* 30. diverso modo explicent, qualiter inter Pontificem, & Regem dominium illius regni sit divisum.

De juribus, quæ secundum rei naturam Emphyteutæ competunt respectu subemphyteutæ.

§. I.

SUMMARIUM.

Utrùm penes Emphyteutam, qui subemphyteuticavit, maneat utile dominium rei? Prima sententia negat. n. 54.

Hæc sententia est communis, & non solùm procedit, quando Emphyteuta omne suum jus expresse transtulit in subemphyteutam, sed etiam quando id non expressit. ibidem.

Contraria sententia magis aliquibus probatur. n. 55.

Ambæ prædictæ sententiæ judicantur probabiles, & problematicæ defenduntur. n. 56. *&* 57.

Ultimum judicium Authoris circa illas. n. 58. *fine.*

Cum in jure dicitur subinfeudantem esse dominum subfeudatarij, intelligitur eum habere umbram, & quasdam reliquias utilis dominij; & in quo illæ reliquiæ consistant? n. 56.

Male aliqui dicunt subemphyteuticantem non transferre dominiū utile in subemphyteutam, sed solam comoditatem rei, seu exercitium utilis dominij. n. 57.

Non est inconveniens admittere, quod tam Emphyteuta, quam ejus subemphyteuta habeant simul utile dominium rei subemphyteuticatæ. ibidem.

Quod communiter dicitur, non posse esse simul duos dominos in solidum ejusdem rei, quo modo intelligatur? ibidem.

Subemphyteuticans non transfert in subemphyteutam suum dominium utile, sed concedit ei aliud diversæ rationis. n. 58.

Nemo in re sua habet formaliter jus servitutis, aut pignoris. ibidem.

Penes Emphyteutam, qui rem subemphyteuticavit nulla propria est possessio

rei

rei Emphyteutica. Sed solus dominus directus illam possidet civiliter; & solus subemphyteuta illam possidet naturaliter. num. 59.

Non est tamen deneganda tali Emphyteutæ quasi possessio tam civilis, quam naturalis, respectu jurium, quæ illi post subemphyteuticationem competunt. n. 60.

53 DIfficultas autem non levis est, quænam jura competant Emphyteutæ, qui rem subemphyteuticavit, quando proprietarius præter licentiam ad subemphyteuticandum nihil aliud illi expresse concessit? In qua difficultate nonnullæ involvuntur dubitationes singilatim expediendæ.

54 Prima dubitatio est, utrùm penes hunc Emphyteutam maneat utile dominium rei? Negat Glossa Acurtij §. *adeo, verbo, propriam, Inst. de locatione*, quam sequuntur Jason, Alexand. Ale. & alij apud Valasc. *de jure Emphyteut. quæst. 13. sub num. 11. §. addunt tamen*: negat etiam Gama *decis. 244. n. 7.* Molina *dicta disp. 471. n. 7.* Brittus *in c. potuit. §. 1. n. 7. de locato*, & Gab. Pereira *decis. 26. n. 10.* Estque communis sententia, quæ, ut contra Valascum ostendit Caldas *de renovat. quæst. 13. num. 41. & seqq.* non solùm procedit, quando Emphyteuta omne suum jus expresse transtulit in subemphyteutam, in quo casu nulla est dubitatio, sed etiam quando rem simpliciter subemphyteuticavit, nihil aliud exprimendo, Fundamentum est, quia per subemphyteuticationē simpliciter factam acquirit subemphyteuta utile dominium rei, ut per Bartholum, & Doctores *in l. ex asse, ff. ad Trebellianū*: ergo non manet penes subemphyteuticantem; nam dominium ejusdem speciei penes duos in solidum esse non potest, *l. si ut certo, §. si duobus, ff. commodati, l. quod contra, vers. uni duo ff. de regulis juris, & l. hæreditate, ff. de Castrensi peculio.* Confirmatur, quia subemphyteuticans transfert dominium utile in subemphyteutam: ergo non retinet illud.

Oppositum nihilominus, paucis alijs in eandem sententiam adductis, tradunt Valascus *de jure Emphyteutico, quæst. 13. num. 12.* & Caldas *dicta q. 13. præsertim num. 23. 38. & 55.* quamvis *tract. de extinctione Emphyt. cap. 4. num. 49.* prædictam communem sententiam magis probet. sequitur Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 3. num. 19.* Fundamentum est primò, quia vassallus, seu feudatarius subinfeudans manet dominus respectu feudatarij, ut constat *ex cap. 1. vers. illud quoque de prohibita feudi alienatione per Federicum*, ibi, *dominum domini sui*, & rursus ibi, *nisi vassallus, itemque dominus*: quod etiam sumitur ex multis alijs juribus, & traditur communiter à Doctoribus, ut apud citatos videre licet: dominium autem, quod feudatarius habet; & retinet, quando subinfeudat, est dominium utile; nam directum propriè, & simpliciter ad solùm proprietarium spectat: ergo similiter Emphyteuta, qui rem subemphyteuticavit, dominium utile habet: eadem enim hac in re de feudatario, & Emphyteuta est ratio. Secundò, quia quando Emphyteutæ conceditur, ut possit rem subemphyteuticare, intelligi debet secundùm naturam contractus Emphyteutici, argumento *legis, si quando, Cod. de inofficioso testamento, & l. si uno, ff. locati, & l. stipulatus, ff. de usuris*, natura autem hujus contractus est, ut apud concedentem maneat aliquod dominium rei. Tertiò, quia quando dominus directus concedit Emphyteutæ licentiam ad rem alienandam, id intelligitur, salvo suo dominio directo: ergo similiter, quando Emphyteuta impetrat simpliciter licentiam ad rem subemphyteuticandam, debet intelligi absque præjudicio in suo dominio utili.

56 Ambæ hæ sententiæ sunt probabiles, & æquali fermè probabilitate defendi possunt. Nam si primam tueri velis, respondere potes ad primum, & principale fundamentum secundæ, solùm probare, quod apud subinfeudantem, seu subemphyteuticantem manent quædam reliquiæ utilis dominij; vel, ut alij loquuntur, umbra quædam illius, ratione cujus manet quodammodò dominus. Ita enim explicant multi, quos refert idem Valascus *dicta q.* 13. *num* 11, §. *verum hæc*, & Cald. *d. q.* 13. *n.* 33. & hanc esse communem sententiam asseverat Mol. *d. disp.* 471. *n.* 18. cum Julio Claro *lib.* 4. *sententiarum*, §. *feudum*, *q.* 33. *n. ultimo.* Quod si quæras, in quonam consistant hujusmodi reliquiæ, & umbra utilis dominij? Respondent citati Doctores, consistere in jure ad exigendum servitium, vel pensionem, quam subvassallus, vel subemphyteuta ei solvere tenetur. Deinde ad secundum negabis maiorem: nam tam concessio ad subemphyteuticandum, quam ipsa subemphyteuticatio intelligi debet secundùm naturã subemphyteusis, quæ non postulat, ut apud subemphyteuticantẽ maneat proprium dominium utile, sed tantũ dicta umbra, vel reliquiæ illius, quas hæc sententia fatetur apud illum manere. Ad tertium negabis consequentiam; nam cùm de intrinseca ratione subemphyteuticationis sit, ut per eam concedatur, & transferatur utile diminium in subemphyteutam, fieri nequit, ut quis impetret licentiam ad subemphyteuticandum absque præjudio, & amissione dominij, quod antea habebat.

57 Si autem magis placeat secunda sententia, dupliciter ad fundamentum primæ responderi potest. Primò, dicendo non acquiri, neque concedi subemphyteutæ utile dominium rei, sed solam commoditatem, seu exercitium utilis dominij, id est, jus percipiendi emolumenta ex re emphyteutica, vel feudali nomine emphyteutæ, vel feudatarij qui eam subemphyteuticavit, vel subinfeudavit. Ita cum Carolo Molineo, & quibusdam alijs sentit Caldas *d. q.* 13. *n.* 21. 42. *&* 55. quem sequitur Fragos. *dicto* §. 3. *n.* 21. *& disp.* 13. §. 2. *n.* 20. ubi inde infert, si subemphyteuta emat ab emphyteuta jus; quod ei remansit, deberi laudemium ex tali emptione, eo quod per illam acquisierit utile rei dominium, quo antea carebat. Hæc tamen responsio difficultatem habet, & excluditur satis efficaciter *ex cap.* 1. §. *similiter*, *de lege Conradi*, ubi habetur, quod subfeudatarius potest rursum subinfeudare, & sic in infinitum, sine præjudicio tamen proprietarij: qui autem solùm habet commoditatem feudi subinfeudare non potest, cùm jus in re non habeat; sed tantùm nomine alterius emolumenta illius percipiat: unde Molina *dicta disp.* 471. *n.* 18. illam Caroli Molinei sententiam falsam simpliciter appellat, & dicit esse contra communẽ Doctorum. Quare secundo, & melius responderi potest, nullum esse inconveniens, quod post subemphyteuticationem tam emphyteuta, quàm ejus subemphyteuta habeat utile dominiũ rei; prout sumitur ex *dicta cap.* 1. *verf. illud quoque*, *de prohibita feudi alienatione per Federicum*, ubi feudatarius, qui subinfeudavit, appellatur simpliciter dominus subfeudatarij. Nã quod communiter dicitur, & jure approbatur, non posse esse duos dominos in solidum ejusdem rei, intelligitur de duobus dominis ejusdem omninò rationis, ac minime inter se subordinatis, quod in præsenti non evenit, cum subemphyteuta habeat dominium subordinatum dominio emphyteutæ, quem tamquam suum immediatũ dominum recognoscit. Quæ responsio est Valasci, & aliorum, quos refert *dicta q.* 13. *num.* 12. §. *nec obstabit*; & eandem doctrinam, relatis alijs, tradit, & declarat Caldas *dicta q.* 13. *n.* 29.

Deinde

58 Deinde ad confirmationem respondetur facilè negando antecedens. Nam cum dominium utile, quod subemphyteuta acquirit, sit diversæ rationis, ac subalternatum respectu ejus, quod competit emphyteutæ, dici nequit, quod per subemphyteuticationẽ transfert emphyteuta suum dominiũ utile in subemphyteutam, sed quod illi concedit aliud dominium diversæ speciei, ad eum modum, quo dominus directus, cùm in se non habeat formale dominium utile, ut probat Valascus *dicta q. 13. n. 8. per l. 3. §. ex pluribus, ff. de acquirenda possess.* tamen illud potest producere per concessionem emphyteuticam formatam per legem in persona emphyteutæ. Neque est novum, ut quis in persona alterius producat aliquod jus, quod formaliter in se non habet, ut multis exemplis probat idem Valascus *dicto num. 8. §. quod si.* Nam cùm nemini res sua serviat *l. in re communi, ff. de servitutibus rusticorum prædiorum,* tamen servitutem in sua re cõstituere potest: & cùm pignus in rem propriam non cadat. *l. nec pignus, ff. de regul. juris;* tamen jus pignoris in sua re quilibet dare potest. Denique Ulpianus *l. non est novum, ff. de acquirendo rerum dominio*, sic habet: *Non est novum (inquietis) ut qui dominium non habet, alij dominium præbeat.* Unde hæc sententia secunda videtur juri conformior, & re ipsa probabilior: prima verò, cùm sit communis, videtur in praxi sequenda.

59 Secunda dubitatio est, utrùm post subemphyteuticationem retineat emphyteuta aliquam possessionem rei? Respondetur, si loquamur de propria possessione, nullam penes illum possessionem manere. Ita Glossa *in dicta l. si ut certo, §. si duobus, verbo, dominium, ff. commodati*, & Glossa finalis *in l. unica, Cod. uti possidetis, vers. item cum feudatarius*, Barthol. & Salicetus *ibidem*: Caldas *dicta quæst. 13. n. 35.* & Molina *dicta disp. 471. n. 8. & 9.* Qui omnes docent proprietarium rei subinfeudatæ, vel subemphyteuticatæ possidere illam civiliter: subfeudatarium, & subemphyteutam, naturaliter: feudatariũ autem, & emphyteutam nullo modo. Quod proprietarius habeat possessionem civilem, patet: nam quod res fuerit subinfeudata, vel subemphyteuticata de ejus consensu, non tollit quominus retineat possessionem, quam antea habebat, quæ erat vera possessio civilis, ut omnes fatentur. Deinde quod subemphyteuta, vel subfeudatarius habeat naturalem possessionem; constat; siquidem hic solus realiter ipsam rem tenet, & fruitur: unde nec proprietarius, nec emphyteuta, aut feudatarius, qui rem subemphyteuticavit, vel subinfeudavit, naturalem ejus possessionem habet. Quod autem civilis etiam possessio penes eundem emphyteutam, vel feudatarium non sit, inde fit planum, quia subemphyteuticatio, & subinfeudatio non eò tendit, ut subemphyteuticans, aut subinfeudans acquirat aliquam rei possessionem, quæ sibi antea non competebat: constat autem illi antea non competere possessionem civilem, sed tantùm naturalem, ut alibi cum communi sententia tradidimus.

Dixi, si loquamur de propria possessione; quia non est deneganda illi 60 emphyteutæ quasi possessio, tam civilis, quam naturalis, eorum jurium, quę illi post subemphyteuticationem competunt, ut juris ad exigendam pensionem subemphyteutæ impositam, & dominij utilis justa secundam sententiam præcedenti dubitatione traditam; & si quod aliud illi competit juxta ea, quę sequentibus dubitationibus resolvemus. Sic Caldas *d. quæst. 13. n. 34. & 35.* & Molina *supra n. 9.*

Expediuntur quædam aliæ dubitationes circa eandem materiam.

§. II.

SUMMARIUM.

Si subemphyteuta suum utile dominium alienare velit, debere requiri proprietarium, eique laudemium solvi, non verò Emphyteuta, communior sententia affirmat. n. 61.

Alia verò sententia affirmat solùm Emphyteutam esse requirendum, eique laudemium solvendum in casu proposito. num. 62.

Hæc secunda sententia præfertur, stando in opinione, quod Emphyteuta post subemphyteuticationem retinet suum dominium utile. n. 63.

Licet autem solus Emphyteuta requirendus sit, tamen omnia jura, quæ ante subemphyteuticationem domino competebant, illi manent salva: unde non potest à subemphyteuta alienari res in potentiorem; neque fieri aliud, quod domino directo præjudicet. ibidem.

Stando autem in opinione, quod dictus Emphyteuta non retinet suum dominium utile; prima sententia tenenda est. n. 64.

Utrùm domino directo, vel potius emphyteutæ, qui rem subemphyteuticavit, competat jus prælationis pro eodem pretio, quando subemphyteuta jus suum vendere voluerit? Et cuinam etiam competat jus exigendi pœnam commissi, quando subemphyteuta in illud inciderit? num. 65. & 66.

Etiam in opinione, quæ tenet Emphyteutam, qui rem subemphyteuticavit, non retinere suum dominium utile, dicendum est penes illud esse jus exigendi pœnam commissi incursam à subemphyteuta ob non solutam pensionem, quam Emphyteuta sibi reservavit, quamvis contrarium sentiat Gama. n. 66.

Emphyteuta prospicere debet, ne subemphyteuta incidat in commissum adversus proprietarium rem deteriorando, vel alienando. ibidem.

Si volente Emphyteuta rem subemphyteuticare, proprietarius utens jure prælationis occupet locum subemphyteutæ tantundem offerendo; vel si subemphyteuta suum jus in proprietarium alienet, an tunc retineat Emphyteuta idem jus respectu proprietarij, quod haberet respectu subemphyteutæ? Proponitur ratio dubitandi pro utraque parte. n. 67.

Quid Caldas ad hanc quæstionem respondeat? n. 68.

Magis autem probantur duæ aliæ responsiones. n. 69. & 70.

In omni autem sententia debet proprietarius, dum obtinet locum subemphyteutæ, solvere Emphyteutæ pensionem, quam subemphyteuta soluturus erat, detracto solum canone, qui ab ipso Emphyteuta debebatur. n. 71.

Si res Emphyteutica, vel feudalis, tradita sit in pignus domino directo, quandiu dominus eam sic retinuerit, suppressum erit utile dominium, & naturalis possessio, quæ Emphyteutæ, vel feudatario in ea re competebat. n. 70.

Nec dominus tenebitur computare in sortem fructus, quos interim ex illa perceperit. n. 71.

Subemphyteuta, & subvassallus possunt similiter eandem rem alteri subemphyteuticare, & subinfeudare. n. 72.

An tunc Emphyteuta, & vassallus retineant eodem modo jus suum respectu sui immediati subemphyteutæ, aut subvassalli? ibidem.

61 TErtia dubitatio. Si subemphyteuta suum utile dominium, & possessionem alienare velit, quemnam debeat requirere, Emphyteutamne, qui rem illi subemphyteuticavit, an proprietarium? & cõsequenter cuinam ex his duobus solvi debeat laudemium? Communis sententia affirmat

firmat requirendum esse proprietariū, eidemque solvendum esse laudemiū. Pro qua sententia multos Doctores refert Galdas *dicta q.* 13. *n.* 14. & Brittus *in cap. potuit*, §. 1. *n.* 6. *de locato*, eamque sequitur Mol. *dicta disp.* 471. *n.* 5. *&* 10. & videntur sequi omnes, qui sentiunt, non manere dominium utile penes ejusmodi Emphyteutam: eidem subscribunt nonnulli, quos referemus *disp.* 4. *sect.* 4. *n.* 42. Probatur primò, quia si apud talem Emphyteutam nec dominium, nec possessio manet, nulla est ratio, cur ipse potius, & non proprietarius, qui tam dominium directum, quam civilem possessionem habet, requiri debeat à subemphyteuta volente rem alienare, eidemque laudemium solvendum sit, maximè cum Emphyteuta non tam à subemphyteuticante, quam à proprietario, qui facultatem ad subemphyteuticandum concessit, jus Emphyteuticum videatur habere. Secundò, quia esto in dicto Emphyteuta maneat dominium utile juxta probabilem sententiam: attamen jus præstandi consensum alienationi rei Emphyteuticæ, & exigendi laudemium, solùm intelligitur concessum domino directo, seu proprietario, qui tantùm propriè, & simpliciter est dominus, ut per *l.* 1. §. 1. *ff. ad Sillanianum*, *& l.* 1. §. 1. *ff. de religiosis*, *& sumptibus funerum*. Tertiò, quia si prædita jura non competerent proprietario respectu subemphyteutæ, posset facilè reddi deterior causa ipsius proprietarij per alienationem rei in alias, atque alias personas, eo prorsus inscio, & sic devenire ad aliquem potentiorem, vel privilegiatum, à quo eam recuperare non possit, etiam post finitam Emphyteusim.

Nihilominus prædicta jura com-
62 petere ipsi Emphyteutæ, non verò proprietario respectu subemphyteutæ, docent Valascus *dicta q.* 13. *de jure Emphyt. n.* 12. & Caldas *dicta q.* 13. *n.* 36. *&* 38. quamvis *d. n.* 36. addat se de hoc dubitare. Fundamentum est, quia hic Emphyteuta est immediatus dominus respectu subemphyteutæ, ut à simili constat *ex dicto cap.* 1. *vers. illud quoque*, *de prohibita feudi alienat. per Federicum*, ubi feudatarius dicitur absolutè dominus subfeudatarij, ergo habet respectu illius omnia jura dominicalia, teneturque subemphyteuta eum tamquam suum immediatum dominum recognoscere, non tantùm solvendo illi pensionem, quam ipse Emphyteuta sibi reservavit, sed etiam recurrendo ad illum pro re alienanda, & solvendo ei laudemium: nam hæc omnia ad jus dominicale pertinent. Quod si opponas, etiam proprietarium esse dominum respectu subemphyteutæ, & cùm sit dominus directus, & principalis, ad eum potius esse recurrendum pro facultate alienandi, illique potius deberi laudemium. Respondet Galdas *n.* 34. proprietarium habere quidem verum dominium directum, etiam respectu subemphyteutæ, at mediatum, & ligatum, donec sublato, vel cessante jure Emphyteutæ intermedij, fiat devolutio, tantaque approximatio, ut posset exire in actum. Itaque ipse Emphyteuta est proprius, & immediatus dominus respectu subemphyteutæ, & ab eo per omnia debet recognosci, non verò proprietarius, qui respectu subemphyteutæ solū mediatè, & impropriè est dominus, ut magis declarat idem Galdas *n.* 26. *ex d. vers. illud quoque*, ubi solus vassalus, non verò dominus superior, vocatur dominus subvassalli, *&* ex *cap. unico de allodijs, ad finem*, ibi, *aut sub rege dominium suum non adjuverit*.

Hæc secunda sententia stando in 63
opinione supra tradita, quod subemphyteuticans retinet suum utile dominium, videtur plane vera. Et confirmatur ulterius, quia tunc dominus directus est requirendus, eique laudemium solvendū secundùm leges, quando distrahitur utile dominium, quod

ipso

ipsius emphyteutæ, quam domini directi cõsensum requiri debere, ut contra communem defendit Brittus *sup. n. 6. cum seqq.* At neque hæc sententia placet, cùm sit valde singularis, nec sufficienti fundamento subnixa, quamvis tolerari possit cum moderamine, quod citatus Doctor habet *n.* 8. dicens consensum emphyteutæ non requiri propter evitandam pœnam commissi, sed solùm propter vitandum præjudicium ipsius emphyteutæ, ne postea alienationem impugnet.

65 Ex his colliges, quid tenendum sit in simili quæstione circa jus prælationis pro eodem pretio, quando subemphyteuta jus suum vendere voluerit: & circa jus exigendi pœnam commissi, quando subemphyteuta casu aliquo in illud inciderit? Si enim teneamus opinionem, quæ probat manere utile dominium in emphyteuta, postquam rem subemphyteuticavit, profectò eidem etiam concedere debemus hujusmodi jura; per quæ tamen dominio directò præjudicium non fiat, sicut proxime dictum est de jure præstandi consensum alienationi, & tenet cum alijs Valascus *dicta quæst.* 13. *n.* 12. §. *ex quibus, in fine, & n.* 13. Et quidem quod attinet ad jus prælationis, constat facilè ex eo, quod hoc jus solùm competit illi domino, quem subemphyteuta requirere debet antequam suum jus alienet: is autem est dictus emphyteuta, supposito quod dominium utile retineat, ut probatum est. Cæterum quod idem dicendum sit de jure exigẽdi pœnam commissi, satis etiam apertè sumitur ex supradictis, nam cum solus emphyteuta maneat proprius, & immediatus dominus respectu subemphyteutæ, ad eum spectant omnia jura dominicalia respectu ipsius subemphyteutæ, ut tradit Valascus *dicto* §. *ex quibus*: ac speciatim de jure exigendi pœnam commissi, id notat Caldas *dicta quæst.* 13. *n.* 36.

66 Retenta verò communi opinione docente, nullum dominium manere in emphyteuta, oppositum omninò dicendum est, nempè neque jus prælationis, neque exequendi pœnam commissi ex quovis casu competere emphyteutæ, sed tantùm proprietario, ut expresse tradit Molina *dicta disp.* 471. *num.* 5. 11. & 16. ac specialiter quo ad jus exigendi pœnam commissi Gama *decis.* 326. *num.* 5. Et ita videntur sentire omnes, qui nullum dominium penes emphyteutam post subemphyteuticationem agnoscunt. Hanc autem resolutionem meritò limitat Molina *supra*, ut non procedat de jure ad pœnam commissi incursam à subemphyteuta, ob non solutam pensionẽ, quam emphyteuta sibi reservavit, quamvis contrarium censeat Gama *proximè citatus; & decis.* 244. *n.* 8. Ratio est, quia eo ipso, quod emphyteuta sibi reservavit pensionem ex consensu proprietarij, qui facultatem ad subemphyteuticandum concessit, censetur etiam illi concessum quidquid jure communi ad illam recuperandam constitutum est; hoc autem est jus exequendi pœnam commissi, si subemphyteuta eam non solverit. Et ita hanc etiam partem tradit Glossa Acursij *in* §. *adeo, verbo propriam, Instit. de locatione*, Caldas plures referens *dicta q.* 13. *de renovat. n.* 44. & Valasc. *de jure emphyt. q.* 13. *n.* 11. *in fine*, ubi ait, se non reperire Acursium ab aliquo in prædicta Glossa reprobatum. Advertit etiam optimè idem Molina *num.* 16. licet subemphyteuta hanc pensionem non solvat, debere tamen emphyteutam prospicere, ne subemphyteuta in commissum incidat adversus proprietarium rem deteriorando, vel alienando: alioqui sibi etiam id nocere, tametsi agere tunc possit ad interesse adversus subemphyteutam.

67 Quarta dubitatio est, si volente emphyteuta rem subemphyteuticare proprietarius utens jure prælationis subemphyteutam excludat tantundem

de offerendo, an tunc emphyteuta retineat idem jus respectu proprietarij, quod retineret respectu subemphyteutæ, si is à proprietario non excluderetur? eademque dubitatio est, si subemphyteuta jus suum alienet in ipsum proprietarium? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia si proprietarius occupet locum, & jus subemphyteutæ, sequitur eundem esse formaliter dominum directum, & utilem respectu ejusdem rei, quod repugnat: nam esset dare recognitionem superioritatis respectu sui ipsius contra textũ, *in cap. 2. de consuetudine in 6.* Unde nec in re propria potest quis habere usumfructum formalem, *l. uti frui, ff. si usufructus petatur*: nec servitutem, *l. in re communi, & l. tria, ff. de servitutibus rusticorum prædiorum*; & per consequens neque Emphyteusim, quæ est quædam servitus anomala, & usuifructui similis. Unde tandem sequitur, si proprietarius subemphiteutam expellat, vel rem ab illo obtineat, non posse in Emphyteuta manere jus, quod haberet respectu subemphyteutæ, cum hoc sit jus superioris respectu habentis dominium utile inferius: proceditque difficultas, sive dicamus manere utile dominium in ipso emphyteuta, sive tantum reliquias ipsius, ut communis sententia affirmat. Pro parte autem affirmativa stat, quod tam jus prælationis competens domino, quam alienatio in ipsum facta à subemphyteuta intelligi debet absque præjudicio emphyteutæ, ut omnes fatentur.

68 Pressus hac difficultate Caldas *tract. de extinctione emphyt. c. 4. à n. 47.* varias adhibet responsiones, & modos ad explicandum quomodo dominus directus absque emphyteutæ præjudicio, & salvis juris regulis, locum subemphyteutæ occupare possit: ac rejectis alijs, in ea tandem conquiescit, dicendum videri, quando dominus subemphyteutam removet, ut locum ejus occupet, nihil aliud agere, quam ut dominium utile acquirat consolidandum cum directo simul ac ad eum pervenerit, sicut contingit quando Emphyteusis alicui venditur, & dominus eam sibi pro eodem pretio accipit; pro tempore autem, quo Emphyteusis duratura erat, solvere debere emphyteutæ aliquid annuum loco pensionis, quæ à subemphyteuta illi obventura erat, ut sic ejus præjudicium vitetur: cęterùm id non solvere tanquam subemphyteuta ratione alicujus dominij utilis, & subalternati respectu emphyteutæ, quasi is aliquam superioritatem retineat, quam dominus tali modo recognoscere debeat, sed tanquam debitor illius annuę pręstationis adinstar cujusdam census, quem quilibet dominus in re propria constituere potest. At hæc etiam responsio non caret difficultate, quia, ut fatetur idem Caldas *num. 49, in fine*, si dominus directus neglexerit dictam annuam præstationem statutis à jure temporibus solvere, revertetur Emphyteusis ad ipsum emphyteutam in pœnam commissi; quod est signum manere in ipso Emphyteuta proprium jus emphyteuticum, aut reliquias saltam illius respectu ipsius proprietarij, quemadmodum maneret respectu subemphyteutæ: unde necesse est dari etiam in domino jus subalternatum, & subjectionem respectu emphyteutæ, & consequenter etiam respectu sui ipsius.

Potius ergo dicendum videtur, 69 quod tanquam probabile tradit idem Caldas, non esse contra juris regulas, quod diversis respectibus eadem numero persona habeat simul formaliter dominium directum, & utile ejusdem rei: itaque in proposito casu eundem esse dominum directum respectu emphyteutæ retinentis sub eo dominium inferius, & simul utilem, ratione juris subalternati, quod consequitur ex eo, quod locum, & vicem subemphyteutæ obtineat, ratione cujus juris ipsum

ipsum emphyteutam recognoscit tanquam dominum, qui retinet respectu illius omne jus, quod respectu subemphyteutæ haberet, hoc tantum excepto, quòd non possit exigere à proprietario integram pensionem, quæ à subemphyteuta solvenda erat, sed eam tantùm partem, quæ sibi remaneret post solutum canonem, seu pensionem proprietario debitam: ut si emphyteuta, qui proprietario solvebat decem, rem subemphyteuticaret pro viginti, proprietarius locum subemphyteutæ occupans non teneretur solvere viginti, sed tantùm decem, quæ emphyteutæ remanerent.

70 Vel certè, si durum videatur admittere prædicto modo in eadem persona simul dominium directum, & utile, dici potest, quòd in simili, quando res emphyteutica ipsi proprietario ad longum tempus locaretur, docet idem Caldas *d. c. 4. n. 52.* nimirum quod ubi proprietarius naturalem possessionem rei emphyteuticæ consequitur loco subemphyteutæ, aut conductoris ad longum tempus, non extinguitur simpliciter utile dominium, sed supprimitur, & quasi dormit, quandiu res eo titulo à proprietario possidetur; ita ut pro tunc sit quasi mortuum, aptum tamen excitari, & reviviscere, ubi cessaverit titulus, finitumve fuerit tempus, pro quo subemphyteuticatio, aut locatio facta est: interim autem sic res, ac plenum ejus dominium penes proprietarium sit, ut nullum superiorem, aut dominum recognoscat: ad eum modum, quo res emphyteuteutica, vel feudalis, penes dominum esset, si ei tradita fuisset in pignus; quandiu enim eā sic retineret, non haberet illam ut aliquo modo alienam, etiam quoad dominium utile; sed tam hoc, quam naturalis rei possessio, quæ emphyteutæ, aut feudatario competebat, maneret suppressa, & quasi extincta, dominusque rē tanquam pleno jure ad se pertinentem possideret, ac fructus ejus perciperet,

71 Hac enim de causa licet generaliter certum, ac definitum sit *in cap. illo vos, de usuris*, non posse creditorem citra usuræ labem sibi percipere fructus rei in pignus acceptæ, nisi eos in sortem computare velit: tamen fallit hoc in domino directo, cui res feudalis, aut emphyteutica in pignus data est, ut de re feudali habetur *in cap. 1. de feudis & in cap. conquestus de usuris*: & de re emphyteutica decernitur *lib. 4. Ordinationum Lusitanarum, tit. 67.* §. 4. quod licet à Valasco *de jure Emphyteutic. quæst.* 38. *num.* 29. Fragosus *tomo 3. lib. 7. disp. 15. §. 3. n. 2. & seqq.* & quibusdam alijs, intelligatur, quando servitium, aut pensio, quæ alias domino solvenda erat, fructibus æquatur, ita ut fructus in compensationem illius cedant: tamen à plerisque absolutè intelligitur, sive fructus æstimationem servitij, & pensionis excedant, sive non, ut videre est apud eundem Valascum, & Fragos. *proximè citatos*, & apud Caldas *supra*, inter quos est Hostiensis, Abbas, Navarrus, & alii gravissimi Doctores: cujus resolutionis non alia est ratio, nisi quia dum res est apud dominum directum, illam possidet pleno jure tanquam omninò suam; ex qua proinde tanquam sua fructus percipit irrevocabiliter, suppresso interim, & quasi extincto dominio utili, & naturali possessione, quæ aliàs vassallo, aut emphyteutæ competebat. Similiter ergo in nostro casu dicendum ob eandem rationem. Neque per hoc præjudicatur emphyteutæ, quia semper ei solvendum est à proprietario incrementum pensionis, quod ipsi aliàs competebat: id, quod in omni sententia fatendum, est etiā quando per alienationem in proprietarium à subemphyteuta factam utile dominium prorsus extingueretur, & cōsolidaretur cū directo, ut notat Mol. *disp. 471. n. 5. & 12.* Atque ita servatur in praxi. Quod autem dictum est, posse dominum directum, cui res emphyteutica tradita est

in pignus, percipere illius fructus, quin teneatur eos computare in sortem, quatenus pensionem excedunt, nonnullas patitur limitationes, quas attingit Fragos. *sup. n. 6.* præcipua est, quoad fructus respondentes melioramentis ad Emphyteutam spectantibus: illum consule.

72 Quinta dubitatio est, si subemphyteuta rem alteri subemphyteuticet, aut subfeudatarius alteri subinfeudet, quod fieri posse notavimus sup. & habetur *cap. 1. §. similiter, de lege Conradi*, an tunc Emphyteuta, & feudatarius jus suum eodem modo retineat respectu sui immediati subemphyteutæ, aut subvassali? Respondeo affirmativè; nam quemadmodùm proprietarius per subemphyteuticationem factam à suo immediato Emphyteuta, vel vassallo, nihil amittit juris, quod in illum ante subemphyteuticationem habebat; sic nihil ipse Emphyteuta, aut vassallus amittere debet per subemphyteuticationem, quam ejus subemphyteuta, aut subvassallus fecerit. Unde quemadmodum Emphyteuta semper manet obligatus solvere proprietario pensionem, ad quam in contractu emphyteutico se obligavit; sic etiam immediatus ejus subemphyteuta, aut subvassallus illi manet obligatus ad pensionem in primâ subemphyteuticatione, aut subinfeudatione pactam.

DISPVTATIO TERTIA

De melioramentis, & incrementis, quæ rei emphyteuticæ accedunt.

SECTIO PRIMA.

An melioramenta facta in re emphyteutica cedant domino ipsius rei, vel potius Emphyteutæ, à quo facta sunt?

SUMMARIUM.

Melioramenta facta in re Emphyteutica cedunt Emphyteutæ, à quo facta sunt, ita ut, finita Emphyteusi, teneatur dominus ea solvere ipsi Emphyteutæ, vel ejus hæredibus. n. 1.

Intelligitur primo tradita resolutio, etiam si in contractu emphyteutico apposita esset clausula, quod Emphyteuta rem meliorem faciat; vel quod reddetur domino meliorata; vel aliæ similes. numero. 2.

Intelligitur secundo, etiam si instrumento emphyteutico dictum sit, quod, finita Emphyteusi, res cum omnibus melioramentis liberè ad dominum revertetur. num. 3.

Aliqui tamen refragantur. ibidem.

Intelligitur tertio, etiam si dominus Emphyteutæ inhibuerit meliorationes facere, & protestatus sit, se non soluturum, si quas in posterum fecerit. n. 4.

Hoc autem procedit, nisi dominus eam inhibitionem, & protestationem fecisset post motam litem ad extinguendam Emphyteusim, vel quando Emphyteusis brevi credebatur finienda, si in ea lite dominus vicerit, vel Emphyteusis brevi, ut putabatur, finita sit. n. 5.

At neque in hoc eventu dicta protestatio domino proficiet, si Emphyteuta jam habebat emptam materiam, & necessaria

necessaria ad ædificandum: vel si emphyteuta tractabat de damno vitando, & dominus de lucro captando. ibidem.

Intelligitur quarto, quamvis melioramenta sint facta de fructibus rei emphyteuticæ; vel per amicum in gratiam emphyteutæ n. 6.

Item licet sint facta per tertium possessorem, cui emphyteuta satisfacere teneatur. Et licet sint melioramenta industrialia, vel civilia. ibidem.

Quæ sint melioramenta industrialia, & quæ civilia. eodem n. 6.

Non procedit autem tradita generalis resolutio primo, quando in contractu emphyteutico appositum est pactum, quod, finita Emphyteusi, omnia melioramenta cedent domino absque satisfactionis obligatione. At tunc minor pensio imponenda est emphyteutæ. n. 7.

Non procedit secundo, quando emphyteuta consultò fecit meliorationes excessivas; quas sciebat dominum non fore solvendo. n. 8.

Quid, si emphyteuta sine dolo fecit meliorationes, quas dominus solvendo non erat? ibidem.

Non procedit tertio, si meliorationes sint modicæ, & parvi momenti. n. 9.

Maritus non repetit meliorationes modicas in re dotali factas. ibidem.

Quæ sit magna, vel parva impensa? num. 10.

Non procedit quarto dicta generalis resolutio in meliorationibus, quas emphyteuta fecit ex necessitate specialis conventionis. n. 11.

Hæ autem sunt tamquam pars pretij pro concessione Emphyteusis; eaque de causa minor pensio imponenda est. ibid.

Non procedit quinto in meliorationibus factis ex necessitate juris. n. 12.

Quænam sint melioramenta, quæ de necessitate juris facienda sunt ab emphyteuta? n. 13.

Utrùm meliorationes, quæ in plantando consistunt, cedant omnino proprietario, ita ut non teneatur illarum æstimationem solvere, quamvis magnæ sint? n. 14.

Etiam impensa facta in deboscando, & nemora ad culturam reducendo, solvi debet emphyteutæ, vel ejus hæredibus, si fuit magna. ibidem.

Non procedit sexto dicta resolutio, si Emphyteusis finiatur, eo quod emphyteuta inciderit in commissum. Tunc enim amittit emphyteuta meliorationes ordinarias: non autem extraordinarias: & quænam illæ sint? n. 15. & 16.

Si autem erat imposita pensio respondens fructibus, nullas meliorationes amittit emphyteuta ob culpam commissi. eodem numer. 16.

Utrùm emphyteuta amittat meliorationes, quas fecit postquam incidit in commissum, sicut quas ante commissum fecerat? n. 17. & 18.

Impensas necessarias repetit etiam possessor malæ fidei. Et illi etiam permittitur, ut tollat utiles, quas fecit in reficiendo, vel ampliando aliquid antea constructum: non verò alias. Et quomodò hoc sit intelligendum? eodem n. 18. & 19.

Quid habeat jus, & praxis Lusitana circa meliorationes utiles à possessore malæ fidei factas? eodem n. 19.

Quid possessori malæ fidei permittatur circa impensas voluptarias ab eo factas? ibidem.

Cum proxime disputaverimus de rebus, quæ in Emphyteusim concedi possunt, dicendum nunc consequenter est de ijs, quæ ipsis rebus emphyteuticis accedunt. Et imprimis de melioramentis ab emphyteuta factis. Circa quæ ante omnia quærimus, an cedant proprietario ipsius rei emphyteuticæ, ita ut, finita Emphyteusi, non teneatur ea solvere emphyteutæ, aut hæredibus illius? Cujus quæstionis generalis resolutio est, teneri dominum ea solvere. Ita sumitur *ex l. domus, & l. Senatus, §. Marcellus, ff. de legatis, 1. & ex cap. 1. tit. Hic finitur lex, lib. 2. feudorum,* aliisque ex juribus, & tradunt Julius Clarus *libro 4. sententiarum, §. Emphy-*

§. *Emphyteusis quæst.* 45. Valasc. *de jure emphyteut. quæst.* 25. *num.* 6. *& de partitionibus, cap.* 13. *num.* 123. Gama *decis.* 22. *& decis.* 41. *num.* 7. *& decis.* 229. *num.* 3. Pinel. *in l.* 2. *Cod. de rescindenda venditione, parte* 2. *cap.* 3. *num.* 7. Caldas *de nominat. Emphyteusis quæst.* 18. *num.* 30. Menoch. *de recuperand. possessione, remedio* 11. *num.* 502. Mol. *disp.* 473. & Doctor Joannes de Carvalho *in cap. Raynaldus, de testamentis, part.* 4. *num.* 208. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 4. *sub num.* 4. *vers. tertium assertum* cæterique communiter. Ratio est, quia alioqui dominus cum aliena jactura locupletaretur, contra regulam, *locupletari, de regulis juris in* 6. *& l. si me, & Titium, ff. si certum petatur.* Confirmatur primò, quia usufructuarius repetit melioramenta, quæ fecit in re, qua fruitus est, ut docet Glossa recepta *in l. sed & si quis, ff. de usufructu*: & Colonus quæ fecit in re conducta. *l. penultima, ff. locati*: ergo idem concedendum est emphyteutæ, qui deterioris conditionis esse non debet, eo quod maius jus in re habeat, *l. sed si unicus, §. si servo, ff. de injurijs.* Secundò, quia melioramenta facta in rebus maioratus per ejus possessorem, reddenda, aut solvenda sunt ipsi possessori, seu hæredibus illius, ut late probat, & declarat Molina Jurista *lib.* 1. *de primogenijs, capit.* 26. *præsertim num.* 3. *&* 11. ergo idem dicendum de melioramentis factis ab emphyteuta.

2 Hanc resolutionem ampliabis primo, ut procedat etiamsi in contractu emphyteutico adjecta esset clausula, quod emphyteuta rem meliorem faciat: seu quod res emphyteutica reddatur domino meliorata: seu quod res illa datur in Emphyteusim pro exigua pensione, eo quod detur ad meliorandum; ut contra quosdam paucos tradit Valascus *d. q.* 25. *num.* 7. Pinelus *dicto cap.* 3. *num.* 10. Gama *decis.* 22. *ad finem*, & Mol. *d. disp.* 463. *num.* 1. Probatur, quia hujusmodi clausulæ solum exprimunt, quod tacitè inest: ac proinde juris dispositionem non mutant, argumento *legis, non rectè, Cod. de fidejussoribus, & l. qui mutuam, ff. mandati, & l. si convenerit, ff. pro socio.*

Ampliabis secundo, etiam si in instrumento emphyteutico adjectum esset pactum, ut finita Emphyteusi, res cum omnibus melioramentis liberè revertatur ad dominum. Ita Valascus *dicta quæst.* 25. *num.* 19. Molin. *dicta disp.* 463. *num.* 1. Rebel. *libro* 13. *quæst.* 2. *num.* 6. & cum alijs Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 4. *num.* 6. Fundamentum est, quia illa verba intelligi possent in eum sensum, ut finita Emphyteusi, non possint tolli melioramenta, cum quo stat, ut nihilominus teneatur proprietarius solvere eorum æstimationem: vel etiam intelligi possunt de melioramentis, quæ ex necessitate juris, aut specialis conventionis fieri debent ab emphyteuta, quæ repeti non possunt, ut infra dicemus. Quando autem verba sunt talia, ut varias recipiant interpretationes, non est accipienda ea interpretatio, qua quis videatur suum donare. *l. Campanus, ff. de operis libertorum*, & quiduis potius præsumendum, quam donatio Baldus *l. generaliter, Cod. de non numerata pecunia.* Quare cum de jure dicta melioramenta spectent ad emphyteutam, & illius hæredes, non est admittenda interpretatio, ut emphyteuta velit ea proprietario remittere, sed recurrendum est ad aliam interpretationem, quam verba admittunt. Nec incongruè dici potest cum Gama *decis.* 41. *num.* 7. quod quando apposita est clausula, ut Emphyteusis revertatur ad dominum liberè cum omnibus melioramentis, intelligi potest in eum sensum, ut maneat dominus liber ab obligatione concedendi renovationem; quem sensum hic Author cum certis quibusdam limitationibus admittit. Cæterùm quod ex vi prædi-

dicti pacti omnia melioramenta reverti debeant ad proprietarium absque ulla obligatione illa compensandi, tenuerunt aliqui Authores, quos citat Valasc. *d. num.* 19. *in fin.* ubi etiam addit, ita paulo ante se vidisse judicatum in utroque Senatu, quamvis contra juris, & æquitatis rationem, & contra quam etiam antea judicatum viderat: atque his etiam accedit Carvalho *supr. n.* 213. dicens, quod si in pacto dictum sit, ut res meliorata revertatur liberè ad dominum, tenetur dominus melioramenta solvere: secus autem, si dictum sit, ut revertatur liberè cum omnibus melioramentis. Prior tamen sententia videtur verior.

4 Ampliabis tertio, ut procedat, etiam si dominus emphyteutæ inhibeat meliorationes facere, protesteturque se non soluturum, si quas in posterum fecerit, Ita Valascus *d. q.* 25. *num* 9. & Mol. *d. disp.* 463. *num.* 3. Ratio est, quia emphyteuta ex natura contractus emphyteutici habet, ut meliorationes facere possit; quam facultatem non potest dominus auferre, postquam contractus simpliciter est celebratus. Vnde non obstante quavis inhibitione, & protestatione domini postea facta, potest hæres emphyteutæ uti meliorationibus, quæ aliàs proprietario non cedunt, easdemque allegare ad renovationem petendam, ut ijdem Doctores notant. Quod si opponas *legem ultimam, Cod. de negotijs gestis*, ubi sancitur, ut gestor negotiorum non repetat expensas, quas post contradictionem, seu inhibitionem fecerit. Respondetur facilè esse diversam rationem; quia quod fiant expensæ in gestione negotiorum pendet à voluntate ejus, cujus negotium agitur, qui potest præcipere ne tale negotium agatur: quod autem fiant expensæ, & meliorationes ab emphyteuta post Emphyteusim simpliciter concessam, non pendet à voluntate domini.

5 Moderatur autem hanc ampliationem Valascus *supra num.* 10. quem sequitur Mol. *d. num.* 3. ut locum non habeat, si dominus dictam inhibitionem, & protestationem, faciat post motam litem ad extinguendam Emphyteusim, vel quia Emphyteusis brevi finienda est, ut quia emphyteuta est senex, aut valitudinarius, & ultima persona: tunc enim non posse repeti meliorationes post eam protestationem factas censent citati Authores cum Alberico, & Tiraquel. quos Valasc. refert: nam denunciatio jure facta impedit repetitionem expensarum, etiam in casibus, in quibus concedebatur, argumento *l. aut si ante denunciatam, ff. de rei vendicatione.* Addit tamen Mol. & merito, tunc non posse repeti meliorationes factas post denuntiationem ob litem motam, quando proprietarius victor existeret: nam si victus esset, non est, cur repeti non possint, cum lis in qua quis vincitur, victori præjudicare non debeat in favorem victi. Quin etiam adderé, quando denunciatio facta esset eo quod brevi speraretur aperienda Emphyteusis, adhuc posse repeti meliorationes post eam denunciationē factas, si Emphyteusis diù postea duravit, ut quia emphyteuta brevi credebatur moriturus, quia erat valitudinarius, diù nihilominus post denunciationem vixit. Addit præterea Valascus *d. n.* 10. *ad finem*, cum Bartholo, & alijs, si emphyteuta jam habebat emptas materias, & necessaria ad ædificandum, nihil tūc profuturam protestationē domini, utpotè serotinam, & intempestivam. Item minime etiam profuturam, si is, cui denunciatur, tractat de damno vitando, & denuncians de lucro captando.

6 Ampliabis quarto, ut procedat, quāvis melioramenta sint facta de fructibus rei emphyteuticæ, ut bene Valascus *dicta q.* 25. *num.* 6. *post medium*, & Mol. *d. disp.* 463. *num.* 2. quia fructus illi sunt bona emphyteutæ. Item quamvis sint facta per amicum in gratiam ipsius emphyteutæ. *l. idemque, in fine,*

cum l. sequenti, & ibi notatis, ff. mandati: vel per possessorem bonæ fidei, cui emphyteuta satisfacere teneatur, ut ampliat idem Valascus *sub num. 10. vers. quinto amplia*, & Mol. *d. num. 2.* & quamvis sint melioramenta industrialia, id est, labore, & industria emphyteutæ facta, ut aggeres, fossæ, & similia: vel melioramenta civilia, ut servitutes reales prædio emphyteutico quæsitæ, & alia ejusmodi incorparalia; quæ licet rem emphyteuticam sequantur, & consequenter, finita Emphyteusi, cum ipsa re ad proprietarium revertantur, eorum tamen pretium emphyteutæ, aut ejus hæredibus solvendum est. Sic Valasc. *dicta q. 25. n. 20. & 21.* per textum *in cap. 1. §. ex contrario, de investitura de re aliena facta, & in cap. 1. §. si vasallus, tit. hic finitur lex*, ubi id in feudis decernitur.

Limita verò traditam generalem resolutionem primo, nisi expresse in contractu emphyteutico apponatur pactum, ut finita Emphyteusi, omnia melioramenta pertineant ad dominū absque satisfactionis obligatione. Ita Valascus referens plures *dicta q. 25. num. 18.* Gama *decis. 41. num. 7.* Mol. *disput. 463. num. 1.* Rebel. *lib. 13. q. 2. num. 3.* & Carvalho *dicto cap. 1. num. 212.* haberturque expresse *l. 24. tit. 8. partita 5.* Ratio est, quia pacta apposita in contractu emphyteutico servanda sunt quando non constat esse iniqua, ut habetur *l. 1. 2. & 3. Cod. de jure emphyt.* hoc autem pactum non est ex se iniquum, & regulariter erit justum; nam cedet in partem pretij, pro quo res in Emphyteusim conceditur. *argum. l. fundi partem, ff. de contrahenda emptione.* Unde ea de causa minor pensio emphyteutæ imponetur. Et præterea, quia quando res sub eo pacto conceditur, intelligitur, quod emphyteuta meliorationes faciet propter lucrum, quod ex illis percipiet.

8 Limita secundo, nisi emphyteuta consulto excessivas meliorationes fecerit, quas sciebat dominum directū non fore solvendo; has enim non tenebitur dominus solvere, sed tantummodo permittetur emphyteutæ, ejusve hæredibus, ut eas tollant, quatenus sine læsione prioris status rei emphyteuticæ id fieri possit: quod si absque læsione auferri non possint, eas amittent, juxta *l. in fundo, ff. de rei vendicat, & l. non fraudantur, §. nemo ex suo, ff. de reg. juris.* Sic Valascus *dict. q. 25. n. 10.* cum Tiraquelo, quem citat, & post eos Mol. *dicta disp. 463. num. 3.* Atque idem in simili tenent Pinelus *in l. 2. Cod. de rescindenda vendit. p. 2. num. 5.* & Gama *decis. 310. n. 1.* Alienum est enim à ratione, ut dominus cogatur solvere melioramenta facta dolose à possessore ad retinendam rem, cùm dominus manifeste sit inops; ad quod est optimus textus *in l. 2. §. finali, ff. si quis cautionibus*, ibi, *nam si ipse hoc affectaverit, vel causam præstiterit, non proderit ei exceptio, sed ipsius quidem dolus ei oberit.* Si tamen melioramenta sine dolo facta dominus solvendo non sit, admitit Valascus, & Molina *supra*, quod tunc poterit res emphyteutica relinqui locata emphyteutæ, ejusve hæredibus, ut ex annuis reditibus melioramenta solvātur, *argum. Ordinat. Lusit. lib. 3. tit. 93. §. 1.* alijsque in locis.

Limita tertio, nisi sint meliorationes modicæ, & parui momenti: hæ 9 namque non repetuntur, ex communi omnium sententia, quam tradunt, & sequuntur Valascus *de jure emph. q. 25. n. 12. & de partition. c. 13. num. 117.* Cald. *de nominat. q. 18. num. 34. & 40.* Gama *decis. 22.* Mol. *d. disp. 463. n. 4.* Rebel. *lib. 13. q. 2. num. 1.* & Carvalho *in d. cap. Raynaldus, p. 4. c. 1. num. 210.* qui alios referunt. Ratio est, tum quia hujusmodi modica quasi pro nihilo habentur, & ideo non attenduntur, *l. in rebus commodatis, §. possunt, ff. commodati. l. Nesennius. ff. de negotijs gestis, l. hactenus, ff. de usu, & habitat. & l. si quis à liberis, §. si mater, ff. de liberis agnoscendis*: tum

etiam

etiam quia pertinent ad meliorationẽ, quam emphyteuta facere tenetur ex vi contractus emphyteutici, cùm rem ad meliorandum accipiat. Vnde jure Lusitano *lib. 4. Ordin. tit. 97. §. 22.* ubi decernitur, ut filius succedens patri in Emphyteusim nominationis teneatur conferre meliorationes à patre factas, additur: *Isto não se entenderà em algumas despezas, & bemfeitorias pequenas.* Cujus decisionis ea est ratio, quia hujusmodi meliorationes cedunt omninò ipsi Emphyteusi, nec pertinent ad hæredes emphyteutæ defuncti. Confirmatur, quia maritus, qui onera matrimonij sustinet, non repetit impensas modicas in re dotali factas, sed tantum magnas, ut habetur *l. omnino, ff. de impensis in rebus dotalibus*: ergo idem pari ratione, vel etiam à fortiori, dicendum de impensis factis ab emphyteuta.

10 Quæ autem sit magna, vel parua impensa, arbitrio judicis relinquitur, ut cum Glossa, & Bartholo *in d. l. omnino*, multisque alijs, docent Valascus *supra de jure emphyt num. 13.* Mol. *de primogen. lib. 1. cap. 27. n. 6.* Barbasa *in l. divortio 8 §. fin. num. 36. ff. soluto matrimonio*, Mol. Theologus *d. disp. 463. n. 5.* Caldas *d. q. 18. num. 47.* & Carvalho plures referens *d. num. 210.* Vnde rejicienda est quorandam opinio, qui tenuerunt, si impensa, & melioratio concernat perpetuam utilitatem rei, censendam esse magnam, quamvis in se sit exigua: & solam eam censendam esse paruam, quæ tantùm respicit perceptionem fructuum pro tempore, quo ab emphyteuta sunt percipiendi. Quæ sententia falsa est, & apertè confunditur per *d. l. omnino*, quæ dicit, non esse corandam impensam factam in ædificandis, seu reficiendis ædibus, reponẽdis, propagandisque vineis, si modica sit: planum est enim hujusmodi meliorationem perpetuam rei utilitatem concernere. Ad judicandum autem quæ sit magna, vel modica impensa, attendere debet judex magnitudinem rei melioratæ, & emolumentum, quod emphyteuta inde percepit, cæterasque circunstantias, ut bene cum Valasco, & alijs advertit Mol. Theologus *dicto n. 5.*

Limita quarto, ut non procedat 11 de meliorationibus, quas emphyteuta fecit ex necessitate specialis conventionis, ut quia conventum fuit, quod ædificaret aliquam domum, aut plantaret vineam in tali loco, vel tot plantas insereret, &c. Hujusmodi namque meliorationes cedunt proprietario absque obligatione satisfactionis. Ita Valascus *dicta q. 25. num. 1.* Gama *decis. 333. n. 3. & 4.* Pinel. *l. 2. Cod. de rescindenda venditione, p. 3. num. 10.* Cald. *de nominat. q. 18. num. 3.* Mol. *d. disp. 463. n. 1.* & Fragas. *tomo 3. disp. 10. §. 4. num. 5.* Fundamentum est, quia quod ex necessitate conventionis specialis fit in re emphyteutica, est tamquam pars pretij pro concessione Emphyteusis juxta *l. fundi partem, ff. de contrahenda emptione*; eaque de causa minor pensio à principio imposita est: pretium autem, quod pro re, aut concessione aliqua datur, totum cedit concedenti absque obligatione illud reddendi. Confirmatur, quia si hujusmodi meliorationes factæ non essent, posset proprietarius ad illas, ejusve interesse compellere emphyteutam, vel ejus hæredes: ergo si factæ sint ad earum solutionem, seu compensationem non tenetur.

Limita quinto, ut etiam non pro- 12 cedat de meliorationibus, quas emphyteuta facere tenetur de necessitate juris. Has enim non repetit, etiam si magnæ sint, ut tradit Valascus *de jure emphyt. q. 26. num. 4.* Mol. *disp. 456. num. 1. & 3.* & Carvalho *supra num. 211.* Ratio est, quia per ipsum contractum emphyteuticum censetur emphyteuta se obligare ad hujusmodi meliorationes, cùm contractus intelligatur celebratus cum conditionibus, & obligationi

tionibus, quæ de jure insunt: & hoc est unum ex oneribus emphyteutæ, quod etiam in partem pretij cedit, propter quod pensio est minuenda, ut proximè de meliorationibus factis ex necessitate specialis conventionis dictum est. Confirmatur ex jure Lusitano nuper citatô *in dicto* §. 22. ibi, *Isto não se entenderà em algumas despezas, & bemfeitorias pequenas, n m em algumas outras, que o nomeante de necessidade, conforme a direito, sem outra convenção das partes posta no contrato emphyteutico he obrigado a fazer.* Vtpotè quæ Emphyteusi omnino cedunt, & pleno jure ad dominum revertuntur.

13 Si autem quæras, quænam sint melioramenta, quæ de necessitate juris facienda sunt ab emphyteuta? Respondetur ex Valasco *dicta q.* 26. *num.* 4. Molina *dicta disp.* 456. *num.* 1. *juncto num.* 3. *in fine*, & Carvalho *supra*, esse illa, quæ pertinent ad conservationem, & ordinariam cultutam rei emphyteuticæ, fructusque illius augendos, & colligendos; & consequenter reficere domos emphyteuticas, reparare puteos, & vallos, purgare fossas, & similia; ac præterea siquid aliud ex loci consuetudine, aut particulari statuto fieri solet ab emphyteutis: nam ad hoc etiam tacitè se obligat emphyteuta ipso contractu emphyteutico. Non tenetur autem emphyteuta augere ædificium, neque dirutum, aut exustum absque sua culpa, instaurare: unde si hæc faciet, potest æstimationem repetere. Sic Valascus *q.* 25. *n.* 12. & Molina *supra*, *n.* 1. & 2. addens similiter dicendum, si puteum utiliter aperuit, vel aggeres de novo confecit, aut quid simile ad perpetam fundi utilitatem spectans; cùm hæc, si modica non sint, extra naturam contractus emphyteutici esse censeantur.

14 De meliorationibus verò, quæ in plantando consistunt, dubium est, an finita Emphyteusi, cedant omnino proprietario, etiamsi magnæ sint? cùm plantationes sint de natura hujus contractus, qui ea de causa nomen accepit ab *emphytevo*, id est, implanto, insero, ut initio hujus materiæ dictum est? Aliqui propter hanc rationem credunt cedere domino has meliorationes, nec posse earum æstimationem repeti: & ita sæpius judicatum esse in Senatu hujus regni testatur Valascus *dicta q.* 25. *num.* 12. Ipse tamen Valasc. *d. num.* 12. & 15. oppositum sentit, & in eandem sententiam trahere conatur legem regiam nuper citatam *in d.* §. 22. eo quod nullam faciat distinctioné de meliorationibus in plantando, vel ædificando; sed indiscriminatim de omnibus loquatur. At Ordinatio illa parum huic sententiæ favet, cùm absolutè statuat non esse repetendas ullas meliorationes, quæ de necessitate juris fieri debent: meliorationes autem in plantando fieri videantur ex juris necessitate, atque ex natura contractus emphyteutici. Melius ergo probatur hæc sententia argumento *d. l. omnino, ff. de impensis in rebus dotalibus*, ubi marito conceditur repetitio etiam meliorationum in plantando, si modicæ non sint. Neque fundamentum adversariorum urget: nam licet omnis plantatio, & cultura sit secundùm naturam Emphyteusis, quæ ex primæva institutione ad meliorandum tendit: tamen non quælibet plantatio, & cultura est de necessitate juris, ipsiusve contractus emphyteutici, sed tantùm ordinaria, & modica, attenta magnitudine, & qualitate agri emphyteutici. Quare si emphyteuta magnas impensas fecit in plantandis de novo arboribus fructiferis, potest illas repetere, quia non tenebatur illas facere: secus si parvas. Et similiter vult Valasc. *d. num.* 15. cum Paulo Castrensi, & Neguzantio, impensam factam in deboscando, & nemora ad culturam reducendo, repeti posse, si fuit magna: secus autem si parva, esto maxima utilitas inde fuerit secuta.

Limi-

15 Limita sexto, nisi Emphyteusis finiatur culpa emphyteutæ, ob quam in commissum inciderit. Nam tunc Emphyteusim cum melioramentis amittit, ut est communis Doctorum sententia, juxta *l. 2. Cod. de jure emphyteut.* Quam tamen jure optimo moderatur Pinelus *in l. 2. Cod. de rescind. venditione p. 2. cap. 3. num. 9.* Valasc. *d. quæst. 25. num. 3.* Gregor. Lopes *l. 28. tit. 8. partita 5.* Cald. *de extinctione emphyt. cap. 10. num 49.* Mol, *disp. 455. num. 2.* Britto *in rubr. de locato, & conducto, p. 2. §. 3. num. 33. & seqq.* Reinosus plures referens, *observ. 59. num. 15. & 16.* Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 4. num. 4.* Bald. & Joan. Garcia, quos refert Valascus *loco citato*, ut procedat de communibus, & ordinarijs meliorationibus, quæ sunt de natura contractus emphyteutici; non autem de extraordinarijs, quæ de natura contractus non sunt: ut si emphyteuta domos ædificaverit, vel molendina, aut mansiones rusticas magni sumptus; vel quid simile. Has enim solvendas esse emphyteutæ, non obstante culpa commissi, æquitas ipsa suadet, ne dominus tanta emphyteutæ jactura locupletetur: & ita affirmat Valascus se judicatum vidisse in Senatu.

16 Dices: ergo non plus de melioramentis amittit emphyteuta, quando Emphyteusis finitur ob ejus culpam, qua in commissum incidit, quam cùm finitur sine illius culpa; siquidem in hoc etiam casu non repetit melioramenta, quæ secundùm naturam contractus facere debebat. Consequens autem non videtur admittendum, quia alioqui jura quibus cavetur, ut emphyteuta, qui in commissum incidit, amittat etiam melioramenta, nihil operarentur, neque quoad hoc essent punitiva illius culpæ. Respondet Britto *supra num. 36.* per illa jura puniri emphyteutam, quatenus ante tempus in contractu constitutum, non solùm privatur Emphyteusi, sed etiam utilitate melioramentorum, quæ erant de natura Emphyteusis, quibus alioqui diutius fruiturus erat. Aliter, & melius, ut credo, respondet Caldas *dicto cap. 10. de extinct. fine*, cùm dicitur, quod emphyteuta incidens in commissum perdit meliorationes, id intelligi non solùm de parvis, quas de jure secundùm naturam contractus impendere tenebatur, sed etiam de maioribus, ad quas minime tenebatur; dummodò non sint maximæ. Et ita moderatio dictæ limitationis sextæ solùm procedit in melioramentis maximis, & extraordinarijs. Moderatur etiam eandem sextam limitationem Valasc. *dicta q. 25. n. 30.* & Fragos. *dicto §. 4. n. 1.* ut non procedat quando imposita est pensio respondens fructibus, quod tunc Emphyteusis se habeat tanquam locatio ad longum tempus: conductor autem, etiam ad longum tempus, meliorationes non amittat juxta *l. Colonus, ff. locati.*

Quæres, si emphyteuta meliorationes aliquas fecit, postquam in commissum incidit, an illas amittat, sicut quas ante commissum fecerat? Videtur affirmandum, quod jam tunc sit possessor malæ fidei, qui meliorationes non repetit, cùm possit ei objici, quod eas fecerit in solo, quod intelligebat esse alienum, & consequenter animo donandi. Cui sententiæ aliqua ex parte accedit Valascus *dicta quæst. 25. num. 4.* Dicendum tamen est cum Mol. *dicta disp. 455. num. 3.* si emphyteuta eas meliorationes fecit, ante quam dominus ei præciperet, ut Emphyteusim demitteret in pœnam commissi, non censeri pro tunc possessorem malæ fidei, neque dominio utili caruisse; quia hoc non amittit ipso facto per culpam commissi, nisi dependenter à voluntate proprietarij volentis exequi pœnam illius culpæ, eamque intimantis; proptereaque repetitionem talium meliorationum ei denegari non posse. 17

Quod si res transigatur in judicio, 18

eo quod dominus vult emphyteutam expellere per sententiam, distinguendum est: nam vel talis emphyteuta eas meliorationes fecit ante litem contestatam; & has non amittit; quia ante contestationem litis non possidet mala fide: vel eas fecit postea: & has amittit secundùm veriorem sententiam, quam tuentur Valascus, & Mol. *supra*; quia post litem contestatam regulariter omnes considerantur, tanquam malæ fidei possessores. Hoc tamen moderandum imprimis est, ut non procedat de meliorationibus, & impensis necessarijs, id est, sine quibus res periret, vel deterior efficeretur: has enim etiam possessor malæ fidei judicis officio repetit, retinendo rem quousque solvantur, ut habetur *l. domum, in fine, Cod. de rei vendicatione*, & tradunt Valascus, & Mol. citati. Deinde si fuerint impensæ utiles factæ in reficiendo, vel ampliando aliquid antea constructum, permittitur eas tollere sine læsione tamen prioris status rei, ut per *d. l. domum*; nisi dominus velit eas solvere juxta valorem, quem habituræ essent, si auferrentur, nam tunc non permittitur eas tollere juxta *l. in fundo, vers. constituimus, ff. de rei vendicatione*; quod si tolli nequeant sine læsione prioris status rei, omninò eas amittet, sibique eam jacturam imputare debet, *l. 1. Cod. de infantibus expositis, l. pro voluntarijs, ff. de impensis*. Si autem ædificavit, seu novum opus inchoavit, non permittitur illi abrasio, etiam sine rei læsione; quia de novo ædificando donasse videtur, *§. certe Inst. de rerum divisione*, Barthol. Angel. & alij apud Valasc. *d. n. 4.*

19 Hæc verò, quæ de impensis, & meliorationibus factis à possessore malæ fidei dicta sunt, procedunt in foro externo. Nam in foro conscientiæ potest hujusmodi possessor illas deducere, quatenus in domini utilitatem cedunt, nisi res deducta esset ad forum externum, & possessor damnaretur illarum amissione; vel nisi res jam ad manus domini cum ipsis melioramentis devenisset; pro ut hæc omnia bene tradit, & explicat Sanch. *tomo 1. in Decalogum, lib. 2. cap. 23. à num. 138.* Jure autem Lusitano *lib. 4. Ord. tit. 48. §. 7.* absolute permittitur possessori malæ fidei, ut melioramenta utilia deducere possit ex fructibus perceptis, quos restituere cogitur. Unde teste Valasc. *consult. 83. n. 19.* in praxi Lusitana non admittitur abrasio melioramentorum utilium, quæ jure communi inducta est, sed simpliciter jubentur solvi, sive possit abrasio fieri sine læsione prioris status, sive non. Itaque id etiam in hoc regno pro foro conscientiæ tenendum est, idque optima ratione, ne dominus alienis expensis ditetur. Circa expensas voluptarias tradit Mol. *d. n. 3. in fine.* debere hunc possessorem illas amittere, nec posse abradere, juxta *l. adeo, paulo ante finem, vers. ex diverso. ff. de acquirendo rerum dominio, & §. cum in suo solo, vers. ex diverso, Instit. de rerum divisione*: & hæc est communis Doctorum sententia, ut tradit Sanches, *dicto cap. 23. n. 136.* In foro tamen conscientiæ aliter dicendum, nempe debere solvi, quando separari nequeunt: vel certè, quod verius est, & tenet idem Sanch. *supra n. 139.* permitti debere, ut abradantur, si id fieri possit absque læsione prioris status rei: si verò id fieri nequeat, amitti debere, nec dominum teneri illas solvere.

SECTIO SECUNDA.

Qua ratione solvenda, recuperandavè sint melioramenta, quæ emphyteutæ, vel ejus hæredibus debentur?

SUMMARIUM.

Meliotamenta rei emphyteuticæ, quadam

dam illi sunt extrinseca, ac minime adhærentia; quædam verò ei adhærent. n. 20.

Melioramenta extrinseca pleno jure pertinent ad Emphyteutam, nec rei Emphyteuticæ accrescunt, habentque propriam, & separatam conditionem: unde etiam antè finitam Emphyteusim possunt alienari irrequisito proprietario rei Emphyteuticæ: nec amittuntur proprietario, quando Emphyteusis culpa Emphyteutæ extinguitur. num. 21.

Quomodò intelligatur regula illa juris, quod accessorium, & adjacens, sequitur naturam principalis? ibidem.

Melioramenta rei Emphyteuticæ adhærentia (ut communiter esse, & intelligi solent, quando de melioramentis est sermo) pertinent ad proprietarium quoad dominium directum, quemadmodùm ipsi res emphyteutica, & cum ea ad illum revertuntur, quando Emphyteusis finitur; cum obligatione tamen satisfaciendi pro illis Emphyteutæ, à quo facta sunt, vel ejus hæredibus. n. 22.

20 PRo resolutione adverte hujusmodi melioramenta interdum consistere in re aliqua per se consistente, quæ rei emphyteuticæ non cohæret, ut si Emphyteuta emat aliquod prædium juxta fundum emphyteuticū ad maiorem Emphyteusis commoditatem: vel si emat, aliove titulo acquirat jurisdictionem in oppido sibi emphyteuticato, aut infeudato: interdum verò, & regulariter consistere in rebus rei emphyteuticæ cohærentibus, ut in ædificijs, plantis, aggeribus, fossis, &c. in ipsa re emphyteutica factis.

21 Si ergo melioramenta fuerint prioris generis, resolvendum est breviter, manere semper penes Emphyteutam, vel ejus hæredes, & ad eum pleno jure spectare sicut cæteras res, quæ illius sunt propriæ; quia cùm sint extrinseca, & separata à re Emphyteutica, illi minime accrescunt, habentque propriam, & separatam conditionem, & consequenter neque quoad dominium directum ad proprietarium rei emphyteuticæ spectant, sed omnino pertinent ad Emphyteutam: unde etiam ante finitam Emphyteusim, potest Emphyteuta ea alienare irrequisito proprietario Emphyteusis. Sic Mol. *disp.* 463. *num.* 9. post Valasc. *d. q.* 25. *de jure emphyteut. num.* 17. ubi alios refert. Idem in simili de melioramentis factis à possessore in re maioratus tradit cum alijs Mol. Jurista *lib.* 1. *de primogenijs, cap.* 26. *num.* 3. estque communis sententia, quam probat textus *in cap.* 1. §. *ex contrario de investitura in re aliena facta*, ubi omnes scribentes. Nec opponas, saltem quando hujusmodi melioramenta accessoriè adduntur rei emphyteuticæ, tanquam quid minus principale, accrescere debere ipsi rei emphyteuticæ, & consequenter simul cum illa reversura esse ad proprietarium, juxta vulgarem regulam, quod accessorium, & adjacens, sequitur naturam principalis, *l. si quando, cum similibus, Cod. de bonis vacantibus, lib.* 10. Nam hujusmodi regula, & jura, ex quibus desumitur, intelliguntur, quando accessoria fuerunt addita expresse cum qualitate prioris rei: vel quando is, qui ea rei addidit, de ipsa re disponit, agiturque de ejus dispositionis interpretatione, & non aliàs, ut bene cum Carolo Molinæo Molin. Jurista *d. n.* 3. §. *nec obstant.* Itaque hujusmodi melioramenta nullo modo pertinent ad proprietarium rei emphyteuticæ, sed pleno jure ad Emphyteutam spectant, tam ante, quam post finitam Emphyteusim: nec unquā amittuntur proprietario, etiam quando Emphyteusis culpa ipsius Emphyteutæ extingitur.

Si verò generis posterioris sint melioramenta, ut communiter esse, & intelligi solent, quando de melioramētis est sermo, non levis est difficultas, quomodò solvenda sint Emphyteutæ, vel ejus hæredi in casibus, quibus debētur? Nam, ut cum alijs advertit Cald. 22

de

de nominat. Emphyteusis, q. 18. num. 29. & 30. per *l. 2. & l. siquis sciens, Cod. de rei vendicatione*, & in simili de melioramentis factis in re maioratus, vel fideicommissi, Molin. Jurista *dicta c. 26. n. 14.* constat, & certum est, hujusmodi melioramenta cedere ipsi Emphyteusi, pertinereque ad proprietarium quo ad dominium directum, sicut ipsam rem emphyteuticam, cui adhærent; & per consequens finita Emphyteusi, ad illum reverti, eorumque dominium utile, quod solùm emphyteutæ competebat, cum directo consolidari, cum obligatione tamen satisfaciendi pro illis ipsi emphyteutæ, vel ejus hæredibus. Circa quam satisfactionem, quomodo, & secundùm quam æstimationem ipsorum melioramentorum exigenda, & facienda sit, non eadem est Doctorum sententia, nec exiguæ se offerunt dubitationes in præsenti expediendæ.

Utrùm de jure possit dominus nolle solvere æstimationem melioramentorum, sed permittere tantum ut tollantur.

§. I.

SUMMARIUM.

Quæ sit ratio dubitandi pro affirmativa parte? n. 23.

Affirmativam partem tam in feudo, quam in Emphyteusi nonnulli Doctores sequuntur. ibidem.

Vera tamen resolutio est, teneri dominum determinatè solvere dictas meliorationes, nolente emphyteuta, vel ejus hærede illas abradere. Et idem est de meliorationibus factis à possessore bonæ fidei. num. 24.

Quid in feudo tenendum sit circa hujusmodi meliorationes. ibidem.

Quando dominus esset pauper, ita ut non haberet, unde meliorationes posset solvere, tunc in electione ejus esset, vel permittere illas abradi, si id sine læsione rei fieri posset, vel dare pro illis quantum valerent separatæ, & divulsæ. Hoc autem intelligitur, nisi dominus easdem impensas esset facturus. n. 25.

Quid dicendum, quando propter paupertatem domino competit dicta electio, & meliorationes abrasionem non patiuntur? num. 26.

Meliorationes, quæ consistunt in plantationibus, vel ædificijs civitatis, non permittuntur abradi. n. 26.

Circa meliorationes voluptarias competit domino electio, aut permittendi earum abrasionem, aut solvendi illas, juxta valorem, quem haberent separatæ. n. 27.

Et idem est de similibus meliorationibus factis à possessore malæ fidei. ibidem.

Cogetur autem determinatè dominus has meliorationes solvere, quando ipse eandem impensam esset facturus: vel quando rem vendit, & maius pretium propter tales meliorationes consequitur. ibidem.

PRima dubitatio est, si dominus nolit solvere hæc melioramenta, sed tantum permittere, ut emphyteuta, vel ejus hæres illa tollat, an jure id possit efficere? Ratio dubitandi sumitur ex *ex cap. 1. §. si vassallus, tit. hic finitur lex, lib. 2. feudorum*, ubi habetur, quod finito feudo meliorato pecunia vassalli, dominus aut patiatur meliorationes auferri, aut pretium illarum soluat Ex quo textu notant communiter Doctores non cogi dominum solvere dictas meliorationes, sed in potestate ejus esse, vel offerre earum æstimationem, vel pati eas auferri, prout ipse maluerit, & elegerit. Ita Bald. *in d. §. si vassallus, num. 2. & in cap. 1. §. si quis de manso. num. 13. de controversia investituræ*, seu aliàs *si de investitura feudi controversia fuerit*, Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. feudum, quæst. 88. num. 1.* Rolan- 23

Rolandus *consil.* 28. *num.* 30. *lib.* 1. Ruinus *consil.* 24. *num.* 10. *lib.* 1. & plures alij apud Valascum *de jure emphyt. quæst.* 25. *num.* 16. & Petrum Barbos. *in l. divortio* 8. *§. finali, num.* 108. *ff. soluto matrimonio.* Unde idem à paritate rationis dicendum videtur in meliorationibus emphyteuticis, ut scilicet electionem habeat dominus, vel illas solvere, vel permittere ut tollantur: quod in specie admittunt Bald. *in dicto §. si quid de manso, num.* 13. *& in dicto §. si vassallus,* Paulus Castrensis *consil.* 278. *columna penultima ad finem,* alijsque in locis Jason. *in leg.* 2. *Cod. de jure emphyteutico, num.* 28. Ruinus *dicto consil.* 24. *num.* 10. Afflictis *in dicto §. si vassallus, num.* 6. & alij apud Valascum *dicto num.* 16. & Barbosam *supra n.* 109.

24 Nihilominus non competere domino Emphyteusis hanc electionem, sed teneri determinatè solvere dictas meliorationes, nolente emphyteuta, seu ejus hærede illas abradere, sentiunt merito idem Valascus *d. n.* 16. *ad medium,* Barbosa *d. n.* 109. *&* 110. Beroius *in cap. de in integrum restitutione. n.* 36. & Mol. *disp.* 463. *n.* 6. Fundamentum est, quia possessori bonæ fidei generaliter conceditur, ut quando res, quam possidet, restituenda est, possit repetere melioramenta, quæ in ea fecit, & cogatur dominus illa solvere, ut expresse habetur *l. in fundo, ff. de rei vendicatione*: & nulla est ratio cur non idem concedendum sit emphyteutæ, seu ejus hæredi, quando res emphyteutica domino restituenda est: nam ex eo quod emphyteuta habuerit causam à domino, & simul utile dominium rei, non redditur dignus minori favore, sed potius maiori, quam nudus possessor bonæ fidei, qui nec causam à domino, nec ullum rei dominium habebat, cùm nemo peioris cōditionis esse debeat, eo quod maius jus in re habeat. *l. sed si unius, §. præter ait, vers. si servum, ff. de injurijs,* Neque obstat textus *in dicto §. si vassallus*; nam præter quod dicatur esse compilatus à quibusdam barbaris, & parum proinde habeat authoritatis, est quædam lex localis procedens tantum de feudo, quæ cùm exorbitet à regulis juris communis, trahi non potest ad alios casus, juxta Bartholum *in l. jusjurandi, §. si liberi, numero* 3. *ff. de operis libertorum.* Atque ita ad fundamentum adversariorum respondent Valascus, & Barbosa citati. Dici etiam non incongrue posset, quando in illo textu dicitur, ut dominus, aut patiatur meliorationes tolli, aut pretium earum solvat, intelligi debere in hunc sensum, ut si vassallus, seu ejus hæres voluerit meliorationes tollere, in optione domini sit, vel id permittere, vel impedire, solvendo pretium illarum; quam optionem competere etiam domino Emphyteusis docet bene Mol. *sup.* & Reb. *lib.* 13. *q.* 3. *n.* 8.

Traditam verò resolutionem meritò limitat Barbosa, ut non procedat quando dominus esset pauper, & non haberet unde meliorationes solvere posset: tunc enim non cogeretur eas solvere, sed in electione ejus esset, vel permittere eas abradi, si id sine læsione rei fieri posset; vel dare pro illis quantum valerent ab ea separatæ, & divulsę; nam ita de meliorationibus factis à possessore bonæ fidei erga pauperem decernitur *in dicta l. feudo, ff. de rei vendicatione.* Hoc tamen intellige, nisi talis dominus easdem meliorationes, seu impensas esset facturus, vel mox rem esset venditurus: nam in his casibus solvi debent per inde, ac si dominus esset dives, ut constat *ex dicta l. in fundo. ff. de rei vendicatione,* & notat idem Barbosa *supra n.* 106. loquens de possessore bonæ fidei, cui hac in re æquiparat emphyteutam *n.* 110. 25

Quod si petas, an quando propter paupertatem domino competit dicta electio, & meliorationes factæ abrasionem non patiuntur (hujusmodi sunt 26

plantationes, quæ in jure non permittuntur abradi *l. si fundi possessor*, *ff. de rei vendicatione*, & *ædificia civitatis, ne urbis aspectus deformetur*, *l. 2. Cod. de ædificijs privatis* (teneatur talis dominus aliquo modo illas compensare. Respondet negativè, loquendo de plantationibus, Barbosa *supra n. 106. & sequenti*; ubi quamvis per *l. si quis sciens*, *Cod. de rei vendicatione*, admittat, & verum sit, quod pretium utilium expensarum, etiam in plantationibus, debetur bonæ fidei possessori, tamen hoc fallere affirmat, quando propter paupertatem, vel aliam causam, dominus liberatur à præcisa solutione meliorationis, ita ut deveniendum sit ad abrasionem, si ea fieri possit: pro qua resolutione adducit *num.* 105. exemplum *in l. sin autem 29. §. finali, ff. de rei venditione*, Bartholum *in dicta l. in fundo*, *n.* 9. Cujacium, Garciam, & alios. Crederem tamen, quod in hoc eventu deberet ex æquitate cogi dominus relinquere rem apud possessorem, donec ex fructibus percipiat, quantum tales meliorationes avulsæ seu abrasæ valerent, ne dominus cum tanta jactura aliena locupletaretur, ut *sectione præcedenti*, *limitatione 2. in fine*, cum Valasco, & Molina animadversum est.

27 Nota præterea traditam resolutionem procedere tantùm de meliorationibus necessarijs, vel utilibus. Nam si sint voluptariæ, docet bene Valascus *dicta quæst. num.* 16. cum Augustino Beroio, competere domino electionem, aut permittendi earum abrasionem, aut solvendi illas juxta valorem, quem haberent separatæ, quod similiter de meliorationibus factis à possessore bonæ fidei tradit cum alijs Barbosa *supra num.* 103. *& seq.* ubi tamen duos ponit casus, in quibus dominus præcise cogitur solvere pretium meliorationis voluptariæ. Primus est, quando dominus eandem impensam esset facturus. Secundus, quando rem vendit, & maius pretium propter talem meliorationem consequitur: quod utrumque bene deducit *ex dicta l. in fundo*, *ff. de rei vendicat.* & continet naturalem æquitatem: unde idem dicendum de voluptaria melioratione rei emphyteuticæ facta sumptibus emphyteutæ.

Qua ratione considerari debeant prædicta melioramenta, quando eorum æstimatio á domino solvenda est?

§. II.

SUMMARIUM.

Varij modi, quibus melioramenta spectari possunt. n. 28.

In opinione, quæ concedit domino electionem, vel solvendi melioramenta emphyteutica, vel permittendi emphyteutæ, aut ejus hæredi, ut ea tollat, est quæstio, an si dominus eligat solvere, debeat illa solvere, pro ut valent in concreto, vel solum prout in abstracto? Sententia affirmans solum debere solui hoc secundo modo. n. 29.

Verior autem est sententia, quod debeant solvi prout in concreto. n. 30.

Solvitur fundamentum prioris sententiæ. n. 31.

Posterior autem sententia intelligenda est, nisi dominus sit ita pauper, ut non habeat, unde meliorationes solvat. eodem num. 31. fine.

In opinione, quæ negat domino prædictam electionem, citra dubium est, debere dominum solvere dicta melioramenta, prout valent in concreto. n. 32.

Constito quòd dominus tenetur solvere melioramenta, prout valent in concreto, quæstio est, an debeat illa solvere juxta valorem expensarum, quæ in illis facta

facta sunt, vel solùm prout in se ipsis valent tempore reversionis ad ipsum dominum, sive plus, sive minus in eis expensum sit? eodem n. 32.

Prima sententia in hac quæstione tenet, competere debitori optionem, ut meliorationes solvat, vel prout in se ipsis valent tempore restitutionis; seu prout res ex illis pretiosior eo tempore existit: vel ut solvat æstimationem expensarum. Et idem affirmat, quoties agitur de solvendis meliorationibus factis per possessorem habentis dominium revocabile, seu temporale rei, quam scilicet post aliquod tempus restituere tenetur. ibidem.

Secunda sententia tenet non competere debitori talem electionem, sed debere solvere meliorationes factas ab emphyteuta, vel quolibet alio possessore habente dominium revocabile, prout res pretiosior ex illis invenitur tempore restitutionis. num. 33.

Hæc sententia est receptior, & usu Hispaniæ, ac Lusitaniæ approbata. eodem num. 33.

Traditur ejus fundamentum, numero 34.

Sententia Authoris. n. 35.

Explicatur verus sensus l. domos, ff. de leg. 1. ibidem.

Cum sumptibus in re melioranda adhibitis computari debet æstimatio laboris, & industriæ, quam possessor in re melioranda adhibuit. n. 36.

Si ab emphyteuta, vel alio possessore habente dominium revocabile facta fuissent impensæ, & meliorationes necessariæ, solvendæ sunt melioranti, licet jam non extent tempore restitutionis; imò licet ipsa res meliorata jam perijsset. numero 37.

Hoc autem intelligitur de impensis, & meliorationibus extraordinarijs, quas emphyteuta non tenebatur facere de suo ex vi contractus emphyteutici. n. 38.

Vtrùm possessor bonæ fidei, qui non habebat jus in re, possit repetere similiter impensas necessarias factas in re, quæ tempore restitutionis jam non extat? n. 39.

Secunda dubitatio est, qua ratione considerari debeant dicta melioramenta, quando eorum æstimatio à domino solvenda est? Pro resolutione adverte varijs modis spectari posse, & solvere melioramenta, quando de solvenda eorum æstimatione agitur: nam vel possunt considerari in abstracto, id est, pro ut valent separata, & divulsa, ut pro ut valent rudera, & materiæ, ex quibus ædificium constructum est: vel in concreto, id est, pro ut valent ut sunt in re, ut pro ut valet ædificium, murus, & cæt. Item, vel possunt considerari juxta ualorem expensarum, quæ in illis sunt factæ, esto in se valeant plus, aut minus, quam expensum est: vel juxta proprium ipsorum valorem, quem habent, quando res ad dominum revertitur. 28

29 His animadversis, retenta eorum sententia, qui tenent competere domino Emphyteusis liberam optionem, vel solvendi melioramenta, vel permittendi, ut tollantur, sicut domino feudi conceditur *in dicto §. si vassallus*, juxta communem intellectum, dubitari potissimum solet, an dominus eligens solvere melioramenta, debeat illa solvere, pro ut valent in concreto, vel tantùm pro ut in abstracto? In qua quæstione debere tantùm solvi, pro ut in abstracto, resolvunt Rolandus, & alij apud Valascum, & Barbosam statim citandos; & hanc esse magis communem sententiam asserit Beroius *quæst. 96. num. 4. in fine.* Probant, quia supposito quod dominus posset eligere non solvere melioramenta, sed tantùm permittere ea tolli, non in plus in eis interest emphyteutæ, seu hæredum illius, quam quod valent rudera, quæ tollenda essent, domino id permittente.

30 Nihilominus debere à domino solvi melioramenta, prout in concreto merito sentiunt Baldus *in dicto §. si vassal-*

vassallus, alijsque in locis, quamvis obscurè loquatur, & à Valasco pro priori sententia allegetur, Julius Clarus *lib. 4. sententiarum*, §. *feudum*, *quaest.* 88. *n.* 2. Gutterres *l.* 3. *practicarum*, *quaest.* 89. *num.* 13. Molina *dicta disput.* 463. *num.* 6. Praepositus, Paulus Castrensis, & alij, quos citant, & sequuntur Valascus *dicta quaest.* 25. *de jure emphyteutico*, *num.* 16. & Petrus Barbosa *in dicta l. divortio*, §. *finali*, *numero* 109. & 110. ubi firmat hanc esse magis communem opinionem. Probatur primò, quia ita indicat textus *in dicto* §. *si vassallus*, ibi, *aut solvat pretium meliorationis*. Secundò, quia alioqui semper dominus eligeret solvere pretium ruderum, seu materierum, ex quibus melioramentum constat; sic in ejus potestate esset privare haeredes emphyteutae vera aestimatione meliorationis, quod est iniquum, cum rudera multo minoris aestimentur.

31 Neque urget fundamentum pro priori sententia adductum: nam estò in talibus melioramentis non in plus intersit emphyteutae, quam quod valerent separata, si dominus permitteret ea tolli, tamen non conceditur domino, ut possit haec duo conjungere, nempè & eligere eorum retentionem solvendo illa, & cogere, ut sibi vendantur, juxta valorem, quem haberent, si permitteret ea tolli: nam cùm ei tantùm concedatur sub disiunctione, aut illa solvere, aut permittere, ut tollantur, non debet reportare commodum utriusque partis talis disiunctionis, sed alterius tantùm, & ita, aut solvere aestimationem talium melioramentorum, pro ut valent, ut sunt in re, si ea vult retinere: aut si id recuset, permittere emphyteutae, seu ejus haeredibus, ut illa auferant, ac liberè de illis disponant: in quo saepe pluris eorum intererit, quàm quòd illa valent; postquam separata sunt. Hanc verò sententiam intellige, nisi dominus sit pauper, & non habeat, unde meliorationes solvat: nam tunc procedunt, quae supra tradidimus §. *praeced. n.* 25.

Retenta verò probabiliori opinione, cum qua supra resolvimus, non concedi domino Emphyteusis dictam electionem, citra dubium est, non satisfacere dominum, si tantùm velit solvere meliorationes, pro ut in abstracto, sed debere illas solvere, pro ut in concreto. Unde alia suboritur quaestio, an videlicet solvi debeant justa valorem expensarum, quae in illis factae sunt, vel potius prout in se ipsis valent tempore restitutionis, seu reversionis ad dominum, estò plus, aut minus in eis expensum sit? Duplex est sententia principalis. Prima tenet, meliorationes factas per emphyteutam, & per quemcumque alium possessorem habentem dominium temporale rei, quam scilicet post aliquod tempus tenetur restituere, solvi debere tempore restitutionis, concessa optione debitori, ut eas solvat, aut pro ut in se valent, seu pro ut res ex illis pretiosior effecta est, aut juxta aestimationem expensarum, pro ut maluerit: itaque satisfacere debitorem solvendo quod sibi magis commodum fuerit, id est, expensas, quando hae minoris aestimantur, quam quod res ob meliorationes plus valet: vel quod res plus valet, quando id est minus, quam quod expensum est. Ita sentiunt Andreas Fraclineus, *controversiarum juris*, *libro* 7. *capit.* 93. Vincentius de Franchis *decision.* 109. *in fine*, 1. *parte*, Paulus Castrensis *consil.* 270. *column.* 3. *ad medium*, *lib.* 2. Cursius Junior *consil.* 144. *num. ult.* Sanches *lib.* 2. *in Decalog. cap.* 23. *n.* 147. Rebel. *parte* 1. *libro* 2. *quaest.* 8. *num.* 1. Molina *disp.* 463. *num.* 6. *in fine*, & *num.* 11. & plures alij apud Valascum, & Barbosam *infra citandos*. Fundamentum sumitur ex *dicta l. in fundo*, *ff. de rei vendicatione*, ubi domino recepturo rem à possessore bo- 32

re bonæ fidei, qui utiles meliorationes in ea fecit, conceditur optio, ut eas solvat, pro ut res tempore restitutionis pretiorsior ratione illarũ reperitur, vel solùm quod in eis expensum est, si hoc illi sit magis cõmodum, eo quod minus expensum sit quam quod pretio rei accessit. Quod pari ratione videtur procedere in debitore meliorationũ, quæ factæ sunt ab emphyteuta, vel quolibet alio possessore habente dominium revocabile. Confirmatur ex *l. Lusitana lib. 4. Ord. tit. 79. §. 22.* ubi quando filius succedit parenti in Emphyteusim nominationis, in qua parens magnas meliorationes fecit, quæ conferendæ sunt, conceditur ipsi filio electio, ut adducat ad collationem pretium earum meliorationum, vel pro ut in eis expensum est, vel prout ipsæ valebant, quando Emphyteusis ad ipsum filium devenit.

His tamen non obstantibus, non
33 competere debitori talem electionem, sed debere solvere dictas meliorationes factas ab emphyteuta, vel quolibet alio possessore habente dominium revocabile, pro ut res pretiosior ex illis invenitur tempore restitutionis, tenent in specie Valascus *de jure emphyt. quæst. 25. n. 28.* Barbosa *in d. l. divortio, 8. §. finali, num. 92.* & Joannes de Carvalho *in cap. Raynaldus, p. 4. cap. 1. num. 201.* Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 4. n. 13.* ubi asserit ita fuisse judicatum in Senatu Bracharensi, & ita servari in praxi hujus regni. Idem loquendo de melioramentis factis per alios possessores habentes dominium revocabile, ut per possessorem maioratus, vel capellæ, vel fideicommissi, &c. tenent plures alij, qui à præcitatis referuntur, inter quos Barthol. Bald. Angelus, Imola, Alexand. & Iason *annotatione 3. in l. domos, ff. de legatis 1.* Antonius Gomes *l. 46. Tauri, num. 3.* Molina *de primogenijs*, cum alijs, quos refert *lib. 1. cap. 26. num. 13.* Gama *decis. 308. qua ultimo loco sub hoc numero ponitur num. 7.* Gutterres *practicarum quæstionum lib. 3. quæst. 68. num. ult.* referens pro eadem sententia Meres, & alios, & affirmans esse communem, ut etiam alij fatentur, & testantur. Et verò hanc sententiam esse receptiorem, & usu totius Hispaniæ probatam affirmat Barbosa *supra num. 94.* post Garciam *de expensis, cap. 24. n. 4. ad finem*: atque ita etiam habere praxim Curiæ Lusitanæ tradit Valascus *dicta q. 25. n. 28. fine.*

34 Fundamentum hujus sententiæ sumitur *ex dicta l. domos*, quæ agit de meliorationibus factis per hæredem gravatum in re fideicommissi, & prolixè in hanc sententiã explicatur à Barbosa *dicto num. 94. & seq.* ubi diversas ejus lecturas affert, & expendit: ac juxta quamlibet illarum concludit deducendos esse sumptus meliorationum, pro ut in re meliorata extant, & æstimantur tempore restitutionis; quo significari videtur solvendas esse meliorationes juxta volorem illius temporis, etiamsi minus impensum sit, quanvis hoc ultimũ adversarij negent cõtendentes legem illam restringendam esse ad casum, quo minus pretium rei melioratæ accessit, quam quod à meliorante impensum est. Contra quos ulterius idem Barbosa *num. 95.* expendit juberi in ea lege, ut arbitrio boni viri cõstituatur quantum valet melioratio tempore restitutionis, & juxta illud sumptus deducantur: quod arbitrium non debet adhiberi in favorem unius tantum partis, sed ut æquitas inter utranque servetur, argumento *cap. 1. §. si quis autem, de re judicata in 6.* Unde eo tale arbitrium videtur postulari, ut consideret bonus vir valorem meliorationis secundùm tempus, quo fit restitutio; & si inveniat sumptus in ea factos, æquivalere valori illius, integram sumptuum deductionem, seu solutionem decernat: si verò inveniat sumptus esse maiores, quam

melioratio tunc valeat, non faciat integram deductionem illorum, sed secundùm præsentem valorem meliorationis: & per contrarium, si hæc plus valeat, secundùm hoc tempus jubeat ejus æstimationem solvi: alioqui si arbitrium esset ligatum, ut non possit fieri, nisi in utilitatem illius, cui fit restitutio, non esset officium boni viri, id est, judicis, quod liberum esse debet ad favorem utriusque partis, *l. continuus §. cum quis*, & ibi Bartholus *ff. de verborum obligationibus*.

35 Hæc secunda sententia non dubium, quin sequenda sit in praxi, cùm receptior sit, & pro ea stent Bartholus, & gravissimi Doctores Lusitani. Cæterum stando in rigore juris, prior sententia videtur verior, ut etiam viderur advertisse Doctor Joannes de Carvalho *supra num. 202. in fine.* Pro qua expendo, & stare credo ipsummet textum *in l. domos*, quo solo adversarij nituntur. Nam in ea lege tantummodò consuluit Jurisconsultus, ut pro compensatione meliorationũ, quas hæres gravatus fecit in re fideicommissi, deducerentur, & solverentur sumptus, quos in eis fecit, habita ratione status ipsorum melioramentorum tempore restitutionis: ad quod ait, *debere arbitrio boni viri examinari atas*, id est, status melioramenti extantis, verbi gratia, domus ab hærede instauratæ, ut nimirum si adhuc sit novum ædificium, & tantum valeat, quantum expensum est, omnes sumptus integre deducantur: sin autem jam sit vetus, & minus valeat solùm fiat deductio sumptuum, pro ut tunc ædificium æstimatur; & de eo, quod amplius impensum est, nulla habeatur ratio, cùm nihil ejus pervenerit ad illum, cui restitutio fit. Quod si ædificiũ plus valeat, quam impensum est (quod rarissimè continget) nihil pro tali casu lex apertè disponit, sed tamen satis indicat solùm debere deduci, & solvi, quod impensum est; siquidem solùm jubet, ut deducantur sumptus habita ratione status rei: si autem quando res plus valet, solvendum etiam esset, quanto illa pluris æstimatur, non solùm juberet deduci sumptus, sed etiam quantum res ultra illos æstimatur, ut per se constat; & ex his corruit apertè fundamentũ secundæ sententiæ.

Illud tamen adverte, cum sumptibus computari debere æstimationem laboris, & industriæ, quam possessor in re melioranda adhibuit, ut rectè advertit Mol. *d. disp. 463. num. 11. in fine.* 36
Unde quamvis melioratio tempore restitutionis plus valeat, quam quod pecuniæ à meliorante impensum est: tamen si ejus valor non excedat ipsam pecuniam impensam, & simul æstimationem laboris, & industriæ adhibitæ, tenetur dominus in omni sententia solvere, quantum melioratio valet tempore restitutionis; quia non excedit, quod insumptum est.

Adverte præterea utramque sententiam proximè traditam, quatenus 37
conveniunt in hoc, quod melioratio debet solvi, pro ut extat tempore restitutionis, saltem quatenus non excedit æstimationem sumptuum, solùm procedere de meliorationibus utilibus. Nam si ab emphyteuta, aliovè possessore habente dominium revocabile factæ fuissent expensæ, & meliorationes necessariæ, solvendæ sunt melioranti, vel ejus hæredibus, licet jam non extent tempore restitutionis, imo licet ipsa res meliorata jam perierit, ut tradit Carvalho *supra n. 206.* post Barbosam *in dicta l. divortio, §. finali, 1. p. n. 63. in fine*, & sumitur ex *l. & in totum, ff. de impensis in rebus dotalibus*, ubi marito conceditur repetitio impensæ necessariæ in re dotali factæ, etiam si res ante tempus restitutionis casu perierit, ut si insulam ruentem fulcit, eaque exusta est: quod eadem ratione procedit in quolibet alio possessore habente dominium revocabile, ut in usufructuario, de quo id tradit

tradit Paulus Castrensis *consil.* 425. *post principium*, *lib.* 1. & in emphyteuta, de quo agimus, ut in specie docet Carvalho *supra*. Ratio generalis est, quia impensa necessaria perit domino rei.

38 In contrarium tamen stat Britto *in rubr. de locato, & conducto, p.* 2. §. 3. *n.* 40. ubi docet expensas necessarias factas in re emphyteutica non repeti, etiam si extent tempore restitutionis, eo quod fiant ex natura, & obligatione contractus emphyteutici, quo emphyteuta obligatur ad rem conservandam, & meliorandam. Quod argumentum non mediocriter urget. Quare, ut aliquid illi demus, distinguendum est cum Gama *decis.* 301. *n.* 1. *&* 2. & Mol. *disp.* 456. *n.* 1. dicendum est, si necessariæ expensæ, & meliorationes sint extraordinariæ, & magni sumptus, ut aggeres ad impediendum impetum fluminis, ne fundum emphyteuticum obruat, & inutilem reddat; non teneri emphyteutam illas facere in solidum, sed debere dominum ad eas contribuere, & consequenter, si durante Emphyteusi solus emphyteuta eas fecit, posse finita illa repetere, quod dominus impendere tenebatur. Si autem sint ordinariæ; ut verbi gratia, refectio domus emphyteuticæ, quæ sine tali beneficio rueret, tunc ex natura contractus emphyteutici ad eas teneri emphyteutam, neque posse illas repetere, etiam si extent tempore restitutionis. Consonat his Valascus *de jure emphyt. q.* 25. *n.* 8. & Molina *disp.* 463. *n.* 2. *in fine*, dum aiunt emphyteutam non solùm posse repetere meliorationes, sed etiam quoscunque sumptus necessarios factos in re emphyteutica, dummodò non sint tales, quos emphyteuta de jure facere teneretur.

39 Objici etiam posset, quod possessor bonæ fidei, qui non habebat jus in re, non repetit impensas necessarias, quando res tempore restitutionis non extat, ut cum Bartholo tradit Barb. *supra, num.* 64. *&* 65. Unde idem videtur dicendũ in emphyteuta, & quovis alio possessore habente dominium temporale. Ad hoc tamen facilè respondet idem Barbosa, non valere consequentiam, & assignat diversam rationem; quia possessori bonæ fidei, qui meliorationes fecit, tanquam in re sua, absque animo obligandi alium, non conceditur aliud remedium ad eas recuperandas, nisi per retentionem rei: & si hæc non extat, cessat omninò hoc remedium. At verò possessori habenti dominium temporale conceditur etiam aliud remedium, quo uti potest post rem peremptam, vel traditam. Hæc autem responsio, quatenus possessorem bonæ fidei omni remedio destituit, postquã res apud ipsum non existit, solida non est, saltem pro foro interno, ut ex dicendis constabit.

Qua ratione emphyteuta, seu ejus hæres possit compellere dominum, ut sibi solvat meliorationes?

§. III.

SUMMARIUM.

Ordinarius modus compellendi ad solutionem meliorationum est per retentionem rei meliorata, donec solvantur. num. 40.

Hoc tamen limita in marito, qui hodie non potest retinere res dotales propter expensas in eis factas. ibid.

Tradita generalis resolutio procedit, etiam si meliorationes non sint liquida. n. 41.

Item quamvis jam lata fuerit sententia, eaque in rem judicatam transsierit, ut emphyteuta, vel alius possessor rem domino demitteret. ibidem.

Omnis exceptio non impugnans sententiam, sed modificans exequutionem,

opponi potest in ipsa executione, quamvis in causa principali fuerit omissa. eodem num. 41.

Si melioramenta non sint liquida, præcipi solet, ut debitor volens recuperare statim rem melioratam, deponat apud sequestrum, quantum pars adversa juraverit meliorationes valere, & tali cautione præstita non impediatur executio: deinde facta postea liquidatione, solvatur de illo sequestro, quantum repertum fuerit meliorationes valere. n. 42.

Quid si in sententia jussum sit, ut antequam res domino restituatur, ipse dominus meliorationes solvat? ibidem.

Qui bona fide res diversas possidebit, vel in Emphyteusim habebat, & quasdam ex illis melioravit, non potest ob tales meliorationes retinere res alias, in quibus nullam meliorationem fecit. n. 43.

Quid si tales res sint connexæ? ibid.

Si plures res datæ sint in Emphyteusim, & quædam fuerunt deterioratæ, amittit emphyteuta deterioratas, neque ab amissione excusatur, eo quod alias melioraverit. eodem n. 43.

Hoc autem limitatur, nisi illæ plures res sint connexæ, ut quando omnes fuerunt concessæ uno pretio, vel sub una pensione. ibidem.

Si emphyteuta eandem rem partim melioravit, & partim deterioravit, nihil amittet, sed compensabitur deterioratio cum melioratione. eodem n. 43.

Dictum jus retentionis pro meliorationibus adhæret ipsi rei melioratæ, ita ut licet res transeat, vel transferatur in particularem successorem, adhuc is, à quo meliorata est, eam possit retinere, donec sibi meliorationes solvantur. n. 44.

An jure retinens rem melioratam, donec sibi solvantur meliorationes, debeat in pretium earum computare fructus, quos interim ex illa perceperit? Una sententia negat. Alia affirmat. n. 45.

Tertia tamen sententia, quæ maximè Authori probatur, distinguit inter fructus, qui respondent melioramentis, & eos qui respondent soli rei, secluso beneficio melioramentorum: ac de primis tenet non debere computari in pretium ipsorum, secus verò de secundis. n. 46.

Tertia dubitatio est, qua ratione emphyteuta, seu ejus hæres, compellere possit dominum, ut sibi solvat meliorationes in casibus, quibus dominus illas debet? Respondetur ordinarium modum compellendi ad talium melioramentorum solutionem, esse per retentionem rei melioratæ, donec solvantur, objiciendo domino volenti rem vendicare mali doli exceptionem, nisi prius illa solvat. Ita habet praxis, & tradunt communiter Doctores, tam de emphyteuta, quā de quovis alio possessore, præsertim bonæ fidei, quando agitur de recuperando pretio melioramentorum sibi debito, ut videre est apud Valascum *q. 25. de jure emphyt. n. 22.* Barbosam *in d. l. divortio 8. §. final. in 2. p. n. 28. & seqq.* Mol. *disp. 463. n. 8. & 12.* & Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 4. n. 14.* qui alios referunt: sumiturque ex *l. domum Cod. de rei vendicat. l. si in area. in fin. ff. de condit. indeb ti*, & alijs juribus, quę à citatis Doctoribus afferuntur: atque ex *Ordinationibus Lusitanis, lib. 4. tit. 95. §. 1.* ubi conjugi superstiti conceditur retentio rei emphyteuticæ, maioratus, & similium ad ipsum non spectantium, quando in eis factæ sunt meliorationes, quarū aliqua pars ad ipsum pertinet, donec sibi integræ solvantur. Obiter autem hic adverte, receptum hodie esse, ut maritus non possit retinere res dotales propter expensas in eis factas, *per l. unicam, §. taceat. Cod. de rei uxoriæ actione.* Quod tamen non procedit, si matrimonium non valuit, ut notat Barbosa *in d. l. divortio, §. final. 1. p. n. 48.* 46

Tradita verò generalis resolutio procedit etiam si meliorationes non sint liquidæ, ut advertit Barbosa *n. 29.* & supponunt communiter alij Doctores, ut per Valascum *supra n. 23.* colligitur- 47

turque ex generalitate, §. certè Instit. de rerum divisione, cum similibus. Item procedit, quamvis jam lata fuerit sententia, quæ in rem judicatam transierit, ut emphyteuta, vel alius possessor rem domino demitteret. Nam tunc etiam talis possessor executionem impedire poterit apponendo dictam exceptionem mali doli, & sic retinendo rem; quia non impugnat sententiam, sed tantùm dicit se habere retentionem propter impensas in re factas. Ita cum Bartholo, & alijs Valascus d. n. 22. & Barbosa supra n. 53. ubi generalem regulam statuit, quod omnis exceptio non impugnans sententiam, sed modificans executionem, in ipsa executione opponi potest, quantumcunque in causa principali fuerit omissa. Pro qua regula allegat Bartholum, Iasonem, Rolandum, Garciam, & alios. Adverte autem magni interesse, quòd in ipsa sententia reserventur possessori meliorationes, præsertim, quando in causa ipsa principali de illis excepit. Qua de re videndus omnino Barbosa dicto n. 53. & seqq.

42 Nota præterea primò, controverti solere apud jurisperitos, quando melioramenta non sunt liquida, an tunc statim facienda sit executio, & tradenda res domino, præstita cautione de illis solvendis, postquam liquidata fuerit? Missis tamen opinionibus, optima, & sequenda est praxis Lusitani Senatus, qui teste Valasco d. n. 23. & Gama decis. 4. n. 3. solet præcipere, ut debitor meliorationum deponat apud sequestrum, seu publicum depositariū, quantum adversa pars juraverit eas valere, & hac cautione præstita, non impediatur executio; deinde facta postea liquidatione solvatur de illo sequestro quantum repertum fuerit valere melioramenta. Quam praxim approbat etiam Molina disp. 463. n. 12. Addit autem Valasco supra, & cum eo idem Molina; hoc non procedere, quando in sententia juberentur melioramenta prius solvi: nam cùm à forma conditionis in sententia positæ recedendum non sit, l. cum post sententiam, Cod. de sententijs, & interlocutionibus, non admittetur tunc satisdatio, sed prius cum effectu solvenda sunt melioramenta. Cæterùm Barbosa supra n. 31. cum alijs hoc restringit ad casum, quò judex in sententia expressisset, ut melioransretineret rem, donec impensæ liquidarentur: quando autem solùm dixisset, quòd prius solverentur, tunc ait satis esse, si liquidū solvat, & pro non liquido offerat cautionem: quam sententiā dicit esse communem, & multos Doctores pro illa refert, eaque mihi placet: nam satis eo modo videtur parere sententiæ juxta textum in l. statu liber rationem. 5. ff. de statu liberis. Plura circa hoc vide apud eundem Barbosam à dicto n. 21.

Nota secundò. Qui bonâ fide diversas res possidebat, vel in Emphyteusim habebat, & quasdam ex illis melioravit, non posse ob tales meliorationes retinere res alias, in quibus nullam meliorationem fecit. Ita Valascus dicta q. 25. n. 24. Barbosa in d. l. divortio, §. finali, in 2. p. n. 41. & plures alij, quos refert. Ad quod facit, quod si plures res datæ sint in Emphyteusim, & quædam fuerunt deterioratæ, amittet emphyteuta deterioratas, neque ab amissione excusabitur ex eo quod alias melioraverit, ut probat Authent. Qui rem. Cod. de sacrosanctis Ecclesijs, ut ibidem expendit Jason n. 8. quem alij sequuntur, & tradit Gama decis. 17. n. 1. Hanc verò resolutionem bene limitat idem Barbosa n. 42. cum Tiraquelo, & Rodoano, nisi plures illæ res sint connexæ, utpotè omnes simul concessæ sub uno pretio, vel sub una pensione: nam cum tunc omnes considerentur, ac si essent una res, l. cum ejusdem, ff. de Ædilitio edicto, prô una meliorata aliæ non melioratæ retineri possunt. Quo pacto si emphyteuta eandem rem partim melioravit, & partim dete- 43

deterioravit, nihil amittet, sed compensabitur deterioratio cum melioratione, juxta *l. si duorum* 43. *in fine*, *ff. de action. empti*, Bartholum, & alios, inter quos Gama *dicta decis.* 17. *n.* 1. Et quo pacto etiam quando plures res sub uno titulo universali continentur, ut sub titulo unius dotis, aut hæreditatis pro una meliorata aliæ non melioratæ retineri possunt, *l. plane* 41. *ff. de petit. hæreditatis.* Addit tamen idem Barbosa *n.* 44. hoc procedere quando res meliorata non extat, vel non est sufficiens ad meliorationem compensandam: tunc enim æquum est, ut in subsidium possint retineri aliæ, quæ considerantur tanquam unum corpus cum illa; debetque id intelligi de meliorationibus necessarijs, quę licet jam non extent tempore restitutionis rei, compensandæ tamen sunt, ut superius notavimus. Si autem res meliorata extet, tunc ea sola retineri potest, si sufficiens sit, ut melioratio ex ea compensetur: imo si dominus voluerit eam demittere pro meliorationibus, estò hæ illius pretium excedant, aliæ retineri non poterunt. Sic Barbosa *dicto n.* 44. *argumento dictæ l. plane*, juncta Glosa *verbo deducat*, *ff. de petitione hæreditatis.*

44 Nota tertio, prædictum jus retentionis pro meliorationibus cohærere ipsi rei melioratæ, ac propterea transire etiam ad successorem singularem simul cum ipsa re, ut cum Neguzantio, Boerio, Tiraquelo, Covar. & alijs notat Barbosa *in d. l. divortio*, §. *final.* 2. *p. n.* 9. *per l. in hoc judicium*, 14. *vers. cæterum*, *ff. communi dividundo.* Et pari ratione, licet debens meliorationes fundum transferat in alium particularem successorem, adhuc tunc qui meliorationes fecit, rem potest retinere; nec expelli potest, donec solvantur expensæ, *l. Colonus*, *ff. de vi, & vi armata*, juncta Glossa finali, Barbosa *supra*, & alij, quos refert.

45 Nota quarto, controversum esse, an retinens remélioratam donec sibi solvantur meliorationes, juxta supradicta, debeat in pretium earum computare fructus, quos interim ex illa preceperit? In qua quæstione tres reperio sententias. Prima negat teneri eos computare, quam sequitur Valascus *de jure emphyt. q.* 25. *n.* 27. & potest probari ex traditis per Felinum, *cap. de quarta*, *n.* 33. *de præscriptionibus.* ubi probat beneficiarium, qui retinet benefinium post admissum crimen, ob quod illud debet amittere, facere interim irrevocabiliter fructus suos. Secunda sententia ex opposito affirmat debere dictum retentorem fructus perceptos compensare cum pretio meliorationum. Hanc tanquam veriorem sequitur Barbosa *in d. l. divortio*, §. *finali*, 2. *p. à n.* 46. Probatur *ex l. Titia* 48. *ff. de solutionibus*, ubi mulier missa in possessionem bonorũ mariti, donec sibi restituatur sua dos, fructus ex illis perceptos compensat cum debito principali dotis, nihil obstante, quod talia bona justè possideat (utpotè authoritate prætoris) & quod hæredes mariti fuerint in mora; quia cum sciat ea bona esse aliena, nihil justa illa possessio, & mora hæredum obstat, quominus debeat eorum fructus computare in sortem principalem. Quod si dicas *dictam l. Titia*, procedere de pignore prætorio, cujus fructus in sortem computantur: in præsenti autem non agi de re tradita in pignus. Respondet facilè idem Barbosa negando minorem. Nam etiam qui retinet rem propter meliorationes, jure pignoris videtur retinere, *l. si is, qui*, §. *quod dicitur*, juncta Glossa, *verbo*, *retineatur*, *ff. de jure dotium*, *& l. dote in fine*, *ff. de dote prælegata.* Et confirmatur, quia loquimur, postquam constat rem esse alienam. Unde solùm jure pignoris potest justè retineri, ut melioranti plus cautum sit de melioratione, *l. plus cautionis*, *ff. de regulis juris*, & in specie colligitur *ex l. si is, qui* 61. *ff. de furtis.*

Ter-

46 Tertia sententia docet distinguendum esse inter fructus, qui percipiuntur ratione melioramentorum, illisque respondent; & eos, qui respondent soli rei, secluso melioramentorum beneficio: ac de primis tenet non debere computari in pretium melioramentorum: secus verò de secundis. Hanc sequuntur Gama *decis. 96. n. 3.* ubi alios refert, & Molina *disp. 463. in fine.* Ratio prioris partis est, quia quandiu melioramenta non solvuntur, spectant ad meliorantem quoad æstimationem, & consequenter quoad interesse, & fructus, qui ex ipsis percipiuntur: ad eum modum, quo alibi docuimus, antequam pretium rei venditæ solvatur, pertinere fructus illius ad venditorem. Estque optimus textus pro hac parte *in l. finali, §. ultimo, ff. de fundo dotali.* Alia pars constat ex fundamento pro secunda sententia allato, quod hanc tantùm partem probat. Et hæc tertia sententia mihi maximè probatur. Qua retenta non obstant aliarum fundamenta. Nam quod pro secunda adducitur, solùm probat secundam partem hujus tertiæ sententiæ, ut jam notavimus. Quod verò pro prima afferebatur, nihil concludit: nam beneficiarius ille propterea facit fructus suos, quia dum non privatur, retinet titulum canonicum ipsius beneficij: at verò possessor qui retinet rem propter melioramenta, non habet titulum in tali re, cùm sit simpliciter aliena, & solùm permittatur eam retinere jure pignoris, cujus fructus percipi non possunt à creditore, citra usuræ labem, nisi eos in sortem computare velit, *cap. illo vos, de pignoribus.*

An emphyteutæ, vel ejus heredi, si forte usus non fuit dicto remedio retentionis ad obtinendam solutionem melioramentorum, competat aliud remedium ad cogendum dominum, ut ea solvat?

§. IV.

SUMMARIUM.

Si emphyteuta, vel ejus hæres rem domino tradiderit, antequam sibi solvantur meliorationes, adhuc ei competit actio ad exigendam earum æstimationem. n. 47.

Ubi quis habet causam à domino, licet sciat se habere dominium revocabile rei melioratæ, competit ei actio ad repetendas meliorationes, estò rem tradiderit nullà earum exceptione apposità. ibidem.

Quoties aliquis rem habuit ex contractu cum domino, potest petere melioramenta in ea facta (etiam post rem domino restitutam) per viam actionis ex contractu quantumvis rescisso. eodem n. 47.

Utrùm etiam possessori bonæ fidei, qui rem alienam à se possessam melioravit existimando esse suam, competat actio ad repetendas meliorationes, postquam rem domino tradidit? Negat communis sententia n. 48.

Quid autem tenendum sit? n. 51.

Quando constat aliquem habere dominium rei, etiam possessio talis rei illi videtur debita, adeò ut si tunc expellat possessorem, non restituatur possessor, si notorie constabat de dominio expulsoris. n. 49.

Possessor bonæ fidei rem domino tradens non censetur illi dare possessionem rei, tanquam aliquid indebitum: & ideo illi non competit actio indebiti ad recuperandam

dam possessionem, eamque retinendam, donec meliorationes sibi solvantur. eodem num. 49.

Utrùm prædicta communis sententia, quod post traditionem rei non competat possessori bonæ fidei actio ad recuperanda melioramenta, limitanda sit in hærede putativo, qui præstitit id, quod verus hæres efficere tenebatur? Et quomodo, stante etiam in hoc casu illa sententia communi, possit talis hæres se indemnem servare? n. 50.

Ostenditur contra dictam sententiam communem succurri debere possessori bonæ fidei, qui ante deductionem melioramentorum rem domino tradidit, n. 51.

Et quod saltem in foro interno certum sit teneri dominum illi solvere melioramenta, non obstante quod ante eorum deductionem illam recuperaverit, ibidem.

47 QUarta dubitatio est, an si emphyteuta, vel ejus hæres rem emphyteuticam, forte per ignorantiam restituit, non opposita exceptione melioramentorum, atque adeò quin uteretur dicto remedio retentionis, donec sibi melioramenta solverentur, adhuc nihilominus ei competat aliud remedium, quo dominum possit cogere, ut sibi solvat? Respondetur adhuc ei competere actionem ad exigendam æstimationem melioramentorum. Ita cum communi Doctorum Valascus *de jure emphyt. q.* 25. *n.* 25. Mol. *disp.* 463. *n.* 12. *ad finem*; ubi ex jure, & Doctoribus tradit receptum esse in materia melioramentorum, quod ubi, habet causam à domino, licet sciat se habere dominium revocabile rei melioratæ, competere illi actionem ad repetendas meliorationes, estò rem tradiderit, nulla earum exceptione opposita. Ratio est, quia in his casibus creditur talis meliorator fecisse meliorationes animo obligandi eum, ad quem res deventura erat, vel devenire poterat: & ita habet adversus eum actionem negotiorum gestorum ad exigendam talium meliorationum æstimationem. Unde cum emphyteuta meliorationes faciat in re, quam habet ab ipso domino, & sciendo eam esse subjectam restitutioni, non dubium, quin illi dicta actio competat, estò rem tradiderit, antequam de meliorationibus exceperit. Accedit, quod emphyteutæ etiam ex ipso contractu emphyteutico datur actio ad meliorationes; quemadmodum conductori, qui meliorationes fecit, datur actio ex conducto adversus dominum, *l. dominus horreorum. §.* 1. *ff. locati, l. si servum, ff. de pignoratitia action.* Quod bene notat Valascus *supra*, addens cum Beroio idem esse, quoties aliquis rem habuit ex contractu cum domino, ut scilicet tunc post factam restitutionen rei, petere possit melioramenta per viam actionis ex contractu, etiam rescisso, juxta *l. penult. l. dominus, §.* 1. *l. sed addes, §. si inquilinus, ff. locati, & l.* 1. *ff. de superficiebus.*

Si quæras, utrùm similiter possessori bonæ fidei, qui rem alienam melioravit, existimando esse suam, competat actio ad repetendas meliorationes, postquam rem domino tradidit? 48 Negat communis sententia, quam tradunt, & sequuntur Antonius Gomes, *l.* 46. *Tauri, n.* 2. Barbosa *ubi supra, n.* 2. *&* 10. Gama *decis.* 310. *n.* 4. Barthol. *l. in fundo. n.* 15. *ff. de rei vendicat.* Alexander, Iason, & plures alij apud Barbosam *supra*, & apud Valascum infra citandum: sumitur *ex l. si in area, in fine, ff. de conditione indebiti*; ubi dicitur, quod quando aliquis melioravit rem, quàm putabat esse suam, nullo alio modo potest recuperare impensas, quam per retentionem rei. Ratio verò est, quia cùm hic possessor putaret rem esse suam, neque debere illam restituere, non videtur fecisse in ea meliorationes animo obligandi alium. *l. in hoc judicium, §. diversum, ff. communi dividundo*: atque adeo non censetur negotium alterius gessisse, unde si rem tradat,

dat, antequam meliorationes recuperet non competit ei actio negotij gesti adversus dominum; neque apparet alius titulus, quo eum sibi habeat obligatum ad illas solvendas; cum tradendo rem melioratam nihil accipientis faceret, sed rem suam dominus habere inciperet, ut dicitur in *dicta l. si in area*, nam melioratio facta in re aliena cedit ipsi rei, & consequenter ad dominum rei spectat. Proceditque hæc resolutio, non solùm de melioramentis utilibus, sed etiam de necessarijs, ut advertit Barbasa *supra num.* 3. *& 7. in fine*, & constat ex *l. plane* 41. *ff. de petitione hæreditatis*; quamvis alij contrarium affirment.

Dices. Possessor tradens domino
49 rem, antequam meliorationes deduceret, cùm posset eam retinere, concessit domino possessionem non debitam: ergo competit ei saltem condictio indebiti. Respondet Barbosa *supra num.* 12. negando antecedens; nam quando constat aliquem habere dominium rei, etiam possessio talis rei videtur illi debita, adeò ut, si tunc expellat possessorem, non restituatur possessor, si modo per sententiam, aut notoriè constabat de dominio expulsoris, ut resolvit Menochius *de recuperanda possessione, remedio* 1. *à num.* 233. Cùm igitur possessio domino esset debita, non competit adversus eum condictio indebiti, cui tunc demùm locus est, quando possessio indebitè fuit tradita. *l. indebiti*, *§. sed & si*, *ff. de condictione indebiti*, & juxta hæc, cùm in *dicta l. si in area*, dicitur quòd tradens rem melioratam nihil accipientis fecit, sensus est, quòd licet possessionem in dominum transtulerit, tamen cùm hæc esset domino debita, nihil indebitum in eum videtur transtulisse. Alias objectiones, & difficultates contra hanc sententiam ponit, & solvit idem Barbosa *à num.* 2. quas, quia sunt propriæ Juristarum, consultò omitto.

Limitant verò graves Doctores dictam communem sententiam, ut non 50
procedat, quando possessor bonæ fidei fecit id, ad quod hæres tenebatur, vel ad quod faciendum cogi poterat: ut si hæres putativus construxit ædificium fieri jussum à testatore; quod tunc possit actione negotiorum gestorum ejus æstimationem repetere à vero hærede, cui ante ejus deductionem hæreditatem demisit. Ad quod affertur *l. hæreditas*, 53. *§.* 1. *ff. de petit. hæredit.* Et ita docent Glossa ibi, *ver. gesto*, & Glossa in *§. certè*, *vers. ædificaverit*, *Instit. de rerum divisione*, Angel. *in l. in fundo*, *col.* 2. *ad finem*, *ff. de rei vendicat.* & alij apud Barbosam *supra num.* 2. Qui tamen ab hac limitatione recedit, quia repugnat generali rationi, *dicta l. in hoc judicium*, *§. diversum*, *ff. communi dividundo.* Et in specie contradicit illi textus *in l. at si quis* 14. *§. si quis dum*, *ff. de religiosis*, *& sumptibus funerum.* Unde receptum est, quod si tu putans te verum hæredem, soluisti legata, vel debita hæreditaria, non competit tibi adversus verum hæredem actio negotiorum gestorum, sed quod potes à creditoribus ea petere tamquam indebita, quæ illis soluisti, juxta Glossam receptam *in l. finali*, *vers. soluisti*, *ff. de negotijs gestis*, nisi forte velis, quòd per tuam solutionem verus hæres liberetur, & in hoc ipsi creditores consentiant, ut idem Barb. cum alijs advertit. Quare ad *l. hæreditas*, qua oppositum videtur probari, respondetur, eam procedere in casu, quo hæres putativus expensas fecit nomine hæreditatis jacentis, atque adeo nomine defuncti, quem illa repræsentat: & propterea illi tunc competere actionem negotij gesti, *l.* 3. *§. hæc verba*, *l. nam. & servus*, *§.* 1. *ff. de negotijs gestis.* Instituerat enim defunctus hæredem sub conditione, si monumentum fecerit: & hoc monumentum fecit hæres putativus, ut conditionem impleret, & sic hæreditatem consequeretur: unde cum

Z adhuc

adhuc hæres non esset, solùm nomine hæreditatis illud monumentum fecit. Quòd si aliquid fecisset tanquam hæres, & sic nomine proprio, non competeret illi actio negotiorum, *l. si pæna*, §. 1. *ff. condictione indebiti.* Item, si post aditam hæreditatem, dubium sit, an talis hæres aliquid fecit nomine proprio, vel potius nomine hærenditario, præsumendum est fecisse nomine proprio, nec illi competet actio gotiorum. Sic cum alijs idem Barbosa, qué vide *à n.* 4.

51 Prædictis tamen non obstantibus, succurri debere possessori bonæ fidei ad recuperandas meliorationes rei, quam ante deductionem earum restituit, tenent meritò gravissimi Doctores, Paulus Castrensis *in dicta l. si in area, ad finem*, Garcia *de expensis, c. 7. num.* 5. & 8. Valascus *de jure emphyt. quæst.* 25. *num.* 25. Molina *disp.* 463. *num.* 8. & alij apud Valascum, & Barbosam *supra num.* 10. tum per alia jura, tum maximè per *l. si me, & Titium* 32. *ff. si certum petatur*, seu *de rebus creditis*, ubi ex æquitate statuitur, ut si res mea, seu, quod mihi debetur, ad te pervenit, & non est causa, quare apud te debeat remanere, possim id exigere, eò quòd bonum, & æquum sit, ut à te mihi reddatur. Neque satisfacit Antonius Gomes *supra*, dicens, remedium hujus legis non concedi, nisi quando aliud non suppetit: possessori autem bonæ fidei satis aliàs provisum esse per jus retentionis illi concessum: & ideo si eo remedio usus non est, non esse illi succurendum per hanc legem; sed sibi debere imputare. Hoc, inquam, non satisfacit, quia semper stat ratio, quâ hæc lex nititur, nempè æquitas, quæ non patitur, ut res mihi debita apud te permaneat. Et hac sententia retenta, non obstat *dicta l. si in area*, quæ solùm probat non competere in eo casu conditionem, seu repetitionem indebiti, propter rationes ibi expressas: non tamen negat, quod tradenti rem ante deductionem succurri possit per alia juris remedia, ut per *dictam legem, si me, & Titium.* Similiter non obstat ratio in contrarium allata; nam solùm probat non competere in hoc casu actionem negotiorum gestorum, quod fatemur. Negamus autem alia juris remedia non suppetere. Quidquid tamen circa hoc sit pro foro externo, certè pro interno, dubitandum non est, teneri dominum rei solvere meliorationes, quas possessor bonæ fidei ante restitutionem rei deducere poterat, cùm justitiæ æquitas non patiatur, ut quis cum aliena jactura locupletetur. Imo cùm in hoc regno teneantur judices decidere causas inspecta rei veritate, & contemptis juris subtilitatibus, *lib.* 3. *Ordin. tit.* 63. credit Valascus *sup.* recipiendam etiam esse in tribunalibus regijs hanc secundam sententiam.

Vtrùm emphyteuta teneatur compensare sua melioramenta cum fructibus, quos ex re percepit, dum Emphyteusis duravit?

§. V.

SUMMARIUM.

Sententantia negativa est communis, & vera. n. 52.

Generale est, ut possessor habens dominium revocabile; non teneatur compensare meliorationes à se factas cum fructibus ex re perceptis. ibid.

Possessor bonæ fidei tenetur compensare meliorationes à se factas cum fructibus ex re perceptis, quatenus ex eis factus ditior reperitur. n. 53.

An idem dicendum sit de fructibus, quos aliàs non tenetur restituere, quales juxta probabilem sententiam sunt industriales jam

jam consumpti, licet ex eis reperiatur factus ditior: & quales in omnium sententia sunt, qui ita sunt consumpti, ut non reperiatur ex eis ditior effectus? Arguitur pro parte affirmativa. n. 54.

Sententia Authoris. n. 55.

Quid considerandum sit, ut possessor bonæ fidei non censeatur effectus ditior? eodem n. 55. fine.

Cùm dicitur emphyteutam, & similem possessorem non teneri compensare meliorationes cum fructibus ex re perceptis, intelligitur, nisi titulus, quo rem possedit, solùm putative esset validus, vel nisi rescinderetur, prout ex nunc, id est, quasi à principio non valuisset. In his enim eventibus non minus tenetur eam compensationem facere, quam possessor bonæ fidei num. 56.

Vtrùm in talibus eventibus teneatur dictam compensationem facere etiam cum fructibus perceptis ex ipsis meliorationibus? Prima sententia hac in re. n. 57.

Secunda sententia verior. n. 58.

52 QVinta dubitatio est, utrùm emphyteuta teneatur compensare sua melioramenta cum fructibus, quos ex re emphyteutica percepit, quandiù Emphyteusis duravit? Respondetur negativè cum communi sententia, quam, innumeris pro ea relatis, tradit Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 25 *num.* 29. ubi idem docet de quocumque possessore habente dominium revocabile, ut de possessore maioratus, qui res ipsius maioratus melioravit, de hærede gravato rem restituere, de usufructuario, & similibus. Quod etiam, relatis alijs, tradunt Molina *disp.* 463. *num.* 13. Barbosa *in d. l. divortio* 8. *p.* 1. §. *finali, num.* 44. Molina Jurista *lib.* 1. *de primogenijs, cap.* 26. *sub num.* 14. Pinelus *in l.* 2. *Cod. de rescindenda venditione, part.* 2. *cap.* 3. *num.* 5. *& cap.* 4. *num.* 61. *& sequenti*, & Gama *decis.* 310. *num.* 5. Qui omnes id tradunt per Glossam receptam *in l. emptor* 65. *verbo, superfluum, in fine ff. de rei vendicatione*. Ratio verò est, quia emphyteuta, possessor maioratus, & quivis alius, qui jure dominij rem possidet, facit fructus omninò suos absque ulla obligatione illos restituendi: amitteret autem hos fructus, & in effectu restitueret, si debita sibi meliorationū æstimatio cum illis esset compensanda. Confirmatur, quia cū tam fructus rei melioratæ, quā pretium melioramentorum ad hujusmodi possessorem omninò pertineant, profectò si fructus percepti cederent loco pretij seu compensationis, ipsi pro melioramentis debitæ, sequeretur talem possessorem sibi ipsi solvere de suo, quod est absurdum.

Oppones meliorationes factæ à possessore bonæ fidei compensandæ sunt 53 cum fructibus ab eo perceptis. *l. sumptus, ff. de rei vendicatione, & l. super empti, Cod. de evictionib.* Quod procedit non solùm de fructibus extantibus, sed etiam de consumptis, quos talis possessor suos effecit, *l. bonæ fidei, ff. de acquirendo rerum dominio*: ergo similiter, quamvis emphyteuta, & similes possessores, qui jure proprij dominij fructus rei percipiunt, illos faciant suos, excusandi non sunt, quo minus debeāt meliorationes cum illis compensare. Respondetur non valere hac in parte argumentum à possessore bonæ fidei ad emphyteutā, & similes possessores habentes dominium revocabile; quia imprimis emphyteuta, & alij possessores similes nunquam tenentur restituere fructus, quos jure sui dominij perceperunt etiā si apud eos extent, vel ex illis reperiantur ditiores, quando rem restituent: possessor autem bonæ fidei tenetur restituere etiam fructus consumptos, quatenus ex eis est factus ditior, juxta cōmunem, & magis receptam sententiā Barthol. *in l. ex diverso, ff. de rei vendicatione*, Innocentij, Abbatis, & aliorū quamplurium, quos latè refert eos sequens Sanch. *tomo* 1. *in Decalog. lib.* 2. *c.* 23. *n.* 77. Qua sententia retenta, planum est debere meliorationes à se factas

 cum

cum talibus fructibus compensare, quatenùs ex illis reperitur ditior; cum ejusmodi compensatio nihil aliud sit, quam debita talium fructuum restitutio.

54 Deinde, licet sequamur aliam satis probabilem sententiam, quam, multis relatis Authoribus, affert idem Sanches *n.76*. quæ docet non teneri possessoré bonæ fidei restituere fructus industriales jam consumptos, etiam si ex illis inveniatur ditior: vel etiam, licet tales fructus ita sint consumpti, ut possessor non sit ex illis effectus ditior (in quo secũdo casu cõveniunt DD. nõ teneri eos restituere) adhuc in his suppositionibus peculiares rationes assignat Barb. *sup. n.* 41. & 42. ob quas hic possessor, si meliorationes fecerit, debeat eas conpensare cum ejusmodi fructibus; quæ rationes non militant in emphyteuta, neque in similibus possessoribus habentibus dominium revocabile. Prima ratio est, quia cùm possessor bonæ fidei fructus percipiat ex re aliena neq; habeat causam à domino, non debuit ex juris rigore facere illos suos, sed restituere eos domino: ex æquitate tamen constitutum est, ut in compensationem, curæ, & culturæ fructus consumptos faceret suos, *§. si quis à non domino, Instit. de rerum divisione*: ergo quantumvis ré bene curaverit, & melioraverit, non potest pro tali melioratione exigere, nisi quantum ipsa melioratio excesserit omnes fructus perceptos, etiam consumptos, cùm hi jam in compensationem meliorationum fuerint concessi. Secunda est, quia ex sola etiam æquitate permissum est possessori bonæ fidei, ut possit retinere rem ad obtinendum pretium meliorationum, cùm hæ mero jure ad eum non spectent, sed potius solo cedant, *§. ex diverso, Instit. de rerum divisione*: cùm ergo jus non soleat admittere duo specialia circa idem, *l. 1. Cod. de dotis promissione*, neque aliquem duplici onere gravare, imò quem in uno gravat, in alio relevare soleat, *l. eum qui, in principio, ff. de jure jurando*, meritò constitutum est, ut si possessor bonæ fidei rem melioraverit, teneatur fructus perceptos cum meliorationibus compensare, non obstante quod fructus sint consumpti, & quod alià eos integrè lucraretur, absque alicujus compensationis, aut restitutionis obligatione.

Cæterùm hæ rationes licet videantur efficaces ad probandum debere 55 possessorem bonæ fidei compensare meliorationes cum fructibus etiam cõsumptis, quatenus ex illis effectus est ditior: tamen mihi non probant debere etiam eas compensare cum omninò consumptis, ex quibus locupletior non invenitur; quia ab his restituendis ipso jure naturali deobligatur, & non ex sola æquitate, vel concessione juris positivi, ratione curæ, aut culturæ, ut Barbosa considerat. Unde credo æquiparandum esse hac in parte possessorem bonæ fidei cum emphyteuta, & similibus possessoribus habentibus dominium revocabile; ut nimirum, quemadmodùm hi non tenentur compensare suas meliorationes cum illis fructibus ratione dicti dominij perceptis, sic ille non teneatur compensare meliorationes cum fructibus consumptis, ex quibus non est effectus ditior. Quæ sententia est Cornei apud Barbosam *num.* 42. licet idem Barbosa, & plures alij repugnent, inter quos est Sanch. *d. cap.* 23. *num.* 147. per rationes supra traditas. Adverte autem, ut talis possessor censeatur non esse effectus ditior, debere haberi respectũ, tum ad cætera ejus bona, tum etiam ad meliorationum æstimationem sibi debitam, ut videlicet consideratis omnibus ejus bonis, & simul ipsa meliorationum æstimatione, nihil amplius apud eum inveniatur, quàm alià haberet, etiam si rem non possedisset.

Illud tandé diligẽter notandũ, traditã principalem resolutionem procedere, nisi titulus, quo emphyteuta, & similes possessores rem obtinuerũt, solũ 56

puta-

putativè esset validus, re autem ipsa nullus, vel esto validus esset, aliqua de causa rescinderetur, prout ex nunc, id est, quasi à principio non valuisset, ut quando Ecclesia, vel minor beneficio restitutionis contractum emphyteuticum rescinderet. Nam tunc perinde tenebitur talis possessor compensare meliorationes cum fructibus perceptis, ac si esset possessor bonæ fidei, ut bene cum Panormit. Ferlino, Valasco, Gracia & alijs tradit Barbosa *in dicta l. divortio, §. finali, 1. part. num. 45. & seqq.* Ratio est aperta, quia cùm titulos, aut statim à principio solùm putativè fuerit validus, aut ita rescindatur, quasi semper fuerit nullus, consideratur emphyteuta, & similis possessor, ac si tantùm fuisset possessor bonæ fidei: & ita succedit *dicta lex sumptus, ff. de rei vendicatione*, qua constituitur, ut possessor bonæ fidei compenset meliorationes cum fructibus perceptis.

57 Circa hoc tamen quæres, utrùm talis possessor teneatur cum meliorationibus compensare fructus perceptos ex ipsis meliorationibus, vel solùm eos, qui rei seclusis meliorationibus respondent? Duplex est sententia. Prima docet teneri compensare tam fructus perceptos respondentes rei, quàm etiam respondentes melioramentis. Hanc tuetur cum alijs Barbosa: *supra sub numero* 49. ubi pro ea adducit *Ordinationes Lusitanas libro* 4. *tit.* 48. §. 7. quæ de possessore malæ fidei id expresse decernunt: atque ita judicatum fuisse per quosdam modernos Senatores Lusitanos testatur Gama *decis.* 364. *num.* 11. Declarat autem suam sententiam Barbosa *num.* 52. ut non teneatur possessor bonæ fidei compensare meliorationes de fructibus perceptis ex ipsis meliorationibus, nisi tales fructus extent, aut ex illis sit factus locupletior. Idemque admittere debet Sanches, quatenus *lib.* 2. *in Decalog. cap.* 23. *num.* 147. docet teneri possessorem bonæ fidei restituere fructus extantes perceptos ex meliorationibus à se factis, & consumptos, quatenus ex eis est factus ditior. Ratio hujus sententiæ est; quia cum meliorationes factæ in re aliena cedant ipsi rei, & consequenter eodem jure pertineant ad dominum rei, non minus debent restitui domino fructus ex illis percepti, quàm percepti ex ipsa re: unde quemadmodùm fructus percepti ex re compensari debent cum meliorationibus, ita etiam compensari debent percepti ex ipsis meliorationibus.

Secunda sententia, quam probabiliorem judico, affirmat non teneri dictum possessorem compensare fructus perceptos ex melioramentis. Hanc relatis alijs, tenet Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 25. *num.* 26. ubi ait, ita quotidie judicari in Senatu Lusitano: quod etiam testatur Gama *decis.* 364. *num.* 1. & 2. ubi reprobat contrariam opinionem, dicens, nec juri, nec styllo, Senatus consentaneam esse. Eandem sententiam tenet Gutterres, Meres, Garcia, & alij apud Barbosam *supra*, tenet etiam Molina *disp.* 463. *num.* 9. Fundamentum sumitur ex ipsa naturali æquitate, quæ non patitur, ut quis fructus suarum meliorationum computare cogatur in pretium, & compensationé earundem meliorationum, & sic de suo sibi solvere. Nec obstat ratio pro contraria sententia adducta; quia licet dictæ meliorationes cedãt solo, & quoad dominium pertineant ad dominum ipsius soli; tamen quoad effectum ita spectant ad possessorem, qui eas fecit, ac si esset earum dominus; qui proinde fructus earum percipit irrevocabiliter absque obligatione illos restituendi, vel compensandi cum ipsis meliorationibus. Neque etiam facit, quod affertur ex Ordinationibus Lusitanis, cũ loquantur de possessore malæ fidei, de quo est diversa ratio: cùm in pœnam ei potuerit imponi, ut teneatur meliorationes à se factas compensare cum fructibus, quos 58

ex ipsis percepit; seclusa verò ratione pœnæ, satis probabilis est sententia, quod non tenetur eam compensationem facere; ut videri potest apud Valascum *sub dicto num.* 26. *& consult.* 83. à *n.* 20. & Sanches *lib.* 2. *in Decalog. c.* 23. *n.* 104. *&* 105. ubi plures in utranvis partem refert.

SECTIO TERTIA.

Utrùm augmenta, quæ rei emphyteuticæ adveniunt, accrescant emphyteutæ, vel domino directo?

SUMMARIUM.

Incrementum, quod appellant alluvionis, est duplex: alterum latens: alterum patens: quodnam dicatur latens, & quod patens: & cujusnam domini fundo utrumque accrescat? num. 59.

Tam incrementum latens, quam patens accrescit proprietario rei emphyteuticæ quoad dominium directum: & emphyteutæ quoad utile: finita vero Emphyteusi regreditur pleno jure ad proprietarium, simul cum re emphyteutica, cui accessit. num. 60.

Non solùm incrementum latens, sed etiam patens accrescit maioratui, cum qualitate maioratus, & feudo, cum qualitate feudi. ibidem.

Propter incrementum latens, aut patens, quod rei emphyteuticæ accessit, nihil emphyteutæ, vel ejus hæredi solvendum est, finita Emphyteusi, nisi illa accessio facta fuisset expensis emphyteutæ. eodem num. 60.

Quid de incremento, quod titulo praescriptionis rei emphyteuticæ, vel maioratui accessit, ut quando emphyteuta, vel possessor maioratus præscripsit fundum conjunctum cum prædio Emphyteusi, vel maioratui subjecto? num. 61.

Si emphyteuta redimat Censum, qui super re emphyteutica erat constitutus, an talis redemptio solum cedat in utilitatem ipsius emphyteutæ, & hæredum illius, ita ut in quemcumque alium possessorem res emphyteutica transeat, semper maneat illis obligata pro tali Censu eis solvendo: vel cedat etiam in utilitatem, & plenam liberationem ipsius rei, ita ut deinceps sit prorsus libera à tali onere, & sine illo transeat? n. 62.

Si emphyteuta ita rem emphyteuticam à Censu liberavit, ut illi onus prorsus extinxerit, nec postea eam simili onere gravavit, ut poterat, compensandum illi, aut ejus hæredi, est pretium, quo eam liberavit: perinde, ac si eam alio modo meliorasset. n. 63.

An servitus acquisita rei emphyteuticæ cedat emphyteutæ, vel ejus hæredi, ita ut illi solvenda sit ejus æstimatio, quemadmodum de melioramentis dictum est? Respondetur cum distinctione. 64.

Utrùm thesaurus inventus in fundo emphyteutico pertineat ad emphyteutam, vel potius ad dominum directum? num. 65. *remissivè.*

VAria sunt augmenta, quæ in 59
præsentem quæstionem venire possunt. Primò enim potest agi de augmento, seu incremento, quod appellant *alluvionis*. Quod duplex est, alterum *latens*, *patens* alterum. Incrementum *latens* dicitur, quod proximum flumen paulatim, & quasi sine sensu adjecit fundo. *Patens* verò dicitur insula, quæ interdum in ipso flumine nascitur. Utrumque efficitur ejus domini, cujus est fundus, cui adjicitur, aut proximius accedit. Si tamen flumen simul detraxerit partem aliquam fundi unius, eamque adjunxerit fundo alterius, manet ejus, cujus antea erat. Item, si insula enascatur in medio fluminis, efficitur eorum, qui utrinque è regione habuerint prædia, estque inter eos æqualiter dividenda. Quod si ex una parte ripę multi habuerint prędia diversis partibus insulę respondentia, tunc medietas insulę, quę est ver-

sus

sus eam ripæ partem inter eos est dividenda, prout cuilibet correspondet. Si verò insula uni ripæ fuerit propinquior, tota cedit domino illius, aut eis, qui è regione prædia habuerint: si autem insula primò nata sit è regione unius prædij, & postea accrescat, adeoque extendatur, ut incipiat esse è regione alterius prædij, tota perseverat illius, cujus antea erat; quia tale incrementum cedit ipsi insulæ, & consequenter domino illius; prout hæc omnia habentur, §. *præterea, & sequenti, Instit. de rerum divisione, & l. adeo, §. 1. l. ergo, & l. insula, ff. de acquirendo rerum dominio*, traduntur que à Molina *tomo 1. de justitia, disp. 57. à n. 1.* & Valasco *de jure emphyt. q. 16. à n. 4.* ubi plura addunt circa hujusmodi incrementa.

60 Quibus suppositis, illud tanquam verius, & receptius pro præsenti quæstione tenendum, tam incrementum *latens*, quàm *patens* accrescere proprietario quoad dominium directum, & emphyteutæ quoad utile: finita verò Emphyteusi, pleno jure ad proprietarium regredi simul cum ipsa re emphyteutica, cui accessit, Sic Valascus *de jure emphyt. q. 25. num. 20.* ubi declarat ita debere accipi, quæ latius tradiderat *quæst. 16.* ubi *num. 4.* absolutè dixerat hujusmodi incrementa non cedere domino directo, & Mol. *tomo 2. de just. disp. 462.* cum Julio Claro, quem refert. Idem in similem tradit alter Molina *lib. 1. de primog. c. 26. num. 17. & seq.* ubi docet non solùm incrementum *latens*, sed etiam *patens* accrescere maioratui cum qualitate maioratus; & feudo cum qualitate feudi (quamvis de hoc ultimo multi dubitent, & contrarium ex consuetudine tenendum existiment, ut videre est apud Valascum *d. q. 16. num. 2.*) Fundamentum est, quia quæ naturaliter alicui rei accrescunt, eodem jure cum illa censentur, eodemque acquiruntur, non novo jure, nec diverso à primo, ut pluribus relatis Doctoribus tradit Molina Jurista *d. n. 18.* ergo incrementum, quod fundo emphyteutico accedit, sive sit latens, sive patens, eodem jure, & cum qualitate Emphyteusis acquiritur; ac proinde ad proprietarium spectat quoad dominium directum; & ad emphyteutam quoad utile, sicut ipse fundus emphyteuticus: & quemadmodum iste, finita Emphyteusi, pleno jure ad dominum revertitur, sic etiam incrementum. Nec propter illud aliquid solvendum est ipsi emphyteutæ, aut ejus heredi, ut bene advertit uterque Molina: quod secus esset, si facto, & expensis ipsius emphyteutæ res emphyteutica augeretur aut melioraretur, ut ex superioribus constat.

Secundò dubitari potest de incremento titulo præscriptionis acquisito, ut si emphyteuta legitimè præscripsit, fundum conjunctum cum prædio emphyteutico, an talis fundus cedat tantùm ipsi emphyteutæ, vel potius Emphyteusi, ita ut quoad dominium directum pertineat ad proprietarium, & quoad utile ad emphyteutam? Respondetur, quod vel tale incrementum præscriptum fuit titulo Emphyteusis, tamquam res ad ipsam Emphyteusim pertinens: vel ex alia causa. Si præscriptum sit primo modo, cedit proculdubio ipsi Emphyteusi, ut in simili de re acquisita ex præscriptione juxta rem maioratus tradit Mol. Jurista *lib. 1. de primog. c. 26. num. 7.* & in specie Mol. Theologus *disp. 463. num. 2. in fine.* Ratio est, quia præscriptio tribuit, quod titulus, sub quo res possidebatur, & præscripta est, tribueret, si esset verus, Glossa *in l. 1. Cod. de servit.* & Doctores communiter: ergo quando emphyteuta ex præcedenti titulo Emphyteusis dictum incrementum præscribit, illud acquirit ipsi Emphyteusi, & cum qualitate Emphyteusis: nam si præcedens titulus verè subsisteret respectu talis incrementi, eam qualitatem produceret. Si autem secundo modo sit præscriptum, acquiritur emphyteu- 61

tæ præscribent, & ad illum pleno jure pertinet absque qualitate Emphyteusis; ut in simili de incremento maioratus tradit cum alijs Molina Jurista, *supra*, & patet, quia cùm tale incrementum sit extrinsecum rei emphyteuticæ; diversoque titulo sit præscriptum, nulla est ratio, cur non debeat acquiri simpliciter ipsi præscribenti absque qualitate Emphyteusis.

62 Tertiò potest quæri, si res emphyteutica obligata esset alicui Censui, sive imposito à domino directo ante emphyteuticationem, sive ab emphyteuta de licentia domini, & talis Census postea redimeretur ab emphyteuta, an id cedat in utilitatem, & augmétum ipsius Emphyteusis, ita ut deinceps maneat res emphyteutica prorsus libera à tali onere, & tam ad sequentes emphyteutas, quàm ad dominum directum, finita Emphyteusi, sine illo deventura sit: vel solùm cedat in utilitatem ipsius emphyteutæ, & hæredũ illius, ita ut in quemcumque possessorem res emphyteutica transeat, semper maneat eis obligata pro illo Censu solvendo? Tractat hanc quæstionem in simili Molina Jurista *lib. 1. de primog. c. 10. n. 26. & seq. & cap. 26. num. 10.* loquendo de possessore maioratus, qui annuum Censum super re maioratus de Regis licentia impositum redemit, resolvitque is Author, standum hac in re esse intentioni redimentis, ut nimirum, si ille Censum redimat ea lege, ut semper res sibi, & suis hæredibus maneat obligata, nihil per talem redemptionem Emphyteusi, seu maioratui accrescere, sed totam utilitatem ad ipsum, & suos hæredes spectare, Censumque ipsis esse solvendum ex tali re, in quemcunque possessorem deveniat; quod probat ex textu singulari *in l. pater filium, in principio, ff. de legatis* 3. ibi, *à priore in sequentem creditorem pignoris, hypothecave nomine transtulit.* Si autem Censum absolutè redimat tali lege non apposita, tunc manere rem ab eo onere simpliciter liberam, & transitoriam absque illo in sequentes possessores; ita ut deinceps non possit dictus redemptor eam obligare pro simili debito absque nova facultate; quia cùm simpliciter absque dicta lege solutum fuerit debitum, omnino fuit perempta actio; quæ illi ex tali solutione competere poterat ad rem postea obligandam.

At hoc ultimum non placet: nam præterquam quòd dicta *l. pater filium*, etiam pro hoc secundo casu videtur permittere, ut qui rem obligari prohibitam liberavit respectu unius creditoris, possit eam similiter gravare respectu alterius, etiam ex intervallo: obstat etiam, quod *disp. præcedenti, sect. 3. n. 34.* cum Molina Theologo *disp. 470. n. 14.* dictum est: nimirum prohibitionem alienandi, seu obligandi rem maioratus, solùm impedire eam obligationem, qua res dejiciatur ab statu, quem habebat, quando sub vinculo maioratus concessa fuit. Quidquid autem circa hoc sit, illud citra dubium tenendum, si emphyteuta redemit absolutè Censum, quo res emphyteutica erat onerata, quando emphyteuticata fuit, nec postea alio simili onere eam gravavit, compensandum illi esse, vel ejus hæredi, pretium, quo eam liberavit; si quidem hæc liberatio est quædam melioratio utilis, quæ juxta supra dicta compensari debet melioranti, vel hæredibus illius, prout res ejus causa plus valet tempore restitutionis. 63

Quartò quæri solet de servitutibus, quæ rei emphyteuticæ acquiruntur; circa quas breviter dicendum est, si acquisitæ sint pretio, aut contemplatione emphyteutæ, cedere quidem ipsi Emphyteusi, eaque finita regredi simul cum re emphyteutica ad dominũ; at cum obligatione compensandi ipsi emphyteutæ, vel ejus hæredibus earũ æstimationem. Ita Molina Theologus *disp. 462. num. 2.* post Valascum *de jure emphyt. q. 25. num. 21.* & Mol. Jurista in 64

simili

simili. *lib.* 1. *de primog. c.* 26. *num.* 12. & patet satis ex dictis in superioribus, cùm talis servitus sit quædam utilis melioratio rei emphyteuticæ: unde omnia, quæ supra de meliorationibus generatim dicta sunt, in ea procedunt. Quod si fuisset acquisita per præscriptionem, distinguendum est, prout supra de augmento præscriptione acquisito; dicendumque, si fuit præscripta sub titulo Emphyteusis, quasi ad rem emphyteuticam pertineret, acquiri simpliciter ipsi Emphyteusi absq; obligatione compensandi illam Emphyteutæ, qui eam præscripsit, vel hæredibus illius: si autem fuit præscripta sub alio titulo, ut verbi gratia emptionis, vel donationis, quod emphyteuta bona fide putaret eam sibi venditam, aut donatam esse, tunc etiam Emphyteusi quidem acquiri, & hac finita regredi debere ad dominum simul cum re emphyteutica, at cum obligatione illam compensandi. Notat hoc in simili Molina Jurista *loco proxime citato*, *§. si autem.*

Quæri tandem hic posset, an thesaurus inventus in fundo emphyteutico pertineat ad emphyteutam, vel potius ad dominum directum? At quia thesaurus non est proprium augmentum adveniens fundo; disputationem hac de re omitto videndam apud Valascum *de jure emphyt. q.* 15. *per totam*, Molinam *de justit. tomo* 1. *disput.* 56. *num.* 9. & Barbosam *in l. divortio* 8. *§. si fundum à num.* 27. *ff. soluto matrimonio*, ubi contra Valascum, Molinam, & alios, quos citat, cum communi sententia resolvit, quòd emphyteuta thesaurum inveniens in ipso fundo emphyteutico, totum illum sibi acquirit ex regula generali, quod thesaurus inventus in loco proprio inventoris, sive fortuito, sive data opera, totus acquiritur ipsi inventori, *§. thesauros, Instit. de rerum divisione, & l. unica, Cod. de thesauris, lib.* 10. Quod etiam in hoc regno Lusitaniæ procedit, quia nulla ejus lex obstat, ut notavit idem Barbosa *supra n.* 51. 65

DISPVTATIO QVARTA

De subjectione, & obligationibus, quibus emphyteuta respectu domini adstringitur; ubi de pensione, laudemio, &c.

SECTIO PRIMA.

Qualis, quanta, & quam certa debeat esse pensio emphyteutica? & an aliquid ultra illam debeat solvi pro ingressu?

SUMMARIUM.

Id, quod statis temporibus pro re emphyteutica solvendum est in recognitionem dominij, appellatur tum pensio, tum canon, quamvis omnia hac nomina latius pateant. n. 1.

Impositio, seu constitutio pensionis domino solvenda ab emphyteuta est de substantia contractus emphyteutici; quemadmodum constitutio pretij de substantia emptionis, & venditionis. ibidem.

Pensio emphyteutica non solùm in pecunia, sed in quavis alia materia constitui potest, ut in frumento, oleo, &c. n. 2.

In locatione propriè dicta solùm potest impo-

imponi pensio pecuniaria, juxta communiorem sententiam. ibidem.

Secundùm jus Lusitanum, quando in Emphyteusim conceduntur domus, vel area, in qua sunt ædificandæ, solum potest imponi pensio in pecunia, vel in civibus: quæ tradendæ sunt vivæ, nisi sint de genere earum, quæ solent dari mortua, ut perdices, coturnices, & similes. eodem numero 2.

Hæc autem dispositio juris Lusitani non habet locum in Emphyteusibus Ecclesiasticis. ibidem.

Quando jus canonicum nihil determinat in aliqua materia, recurritur ad jus civile commune, non autem ad jura peculiaria regnorum. eodem n. 2.

Si pensio fuerit constituta in certo numero, & specie monetarum, solvi debent illæ moneta in eadem specie, & numero, vel earum æstimatio juxta valorem, quem habuerint tempore solutionis, si quo ad bonitatem intrinsecam, id est, quo ad pondus, & ligam, mutata non sint. Et quid circa hoc in casu speciali, jure Lusitano constitutum sit? sub eodem n. 2.

Pensio emphyteutica potest esse parva, vel magna, prout contrahentes convenerint, dummodò non sit tam magna, ut excedat valorem Emphyteusis. n. 3.

Quam magna pensio justè possit imponi in contractu emphyteutico? n. 4.

Quando pensio, & aliæ conditiones in contractu emphyteutico impositæ essent adeo injustæ, ut daretur læsio ultra dimidium justi, locus est remedio. l. 2. Cod. de rescind. vendit: quamvis aliqui oppositum docuerint. Idque in Lusitania est citra dubium. n. 5.

Ad valorem contractus emphyteutici debet imponi pensio certa, & determinata: & quæ determinatio sufficiat? num. 6. Quid quando pensio collata est in arbitrium alicujus tertij, qui non vult, aut non potest arbitrari? ibidem, remissivè.

Si Emphyteusis celebretur simpliciter non determinata certa pensione, valebit contractus, si statuto, aut consuetudine cautum sit, ut pensiones emphyteuticæ à publicis æstimatoribus taxentur, vel certâ rerum pretio eo loco sint constituta. n. 7.

Disponens censetur se conformare cum lege, vel consuetudine generali. ibid.

Si Emphyteusis simpliciter constituatur, dicendo pro justa pensione, talis contractus non valet, etiam ut pactum innominatum, licet accedat traditio rei. Quod similiter dicendum in venditione, in qua solùm diceretur rem vendi pro justo pretio. eodem num. 7.

Potest autem pensio emphyteutica constitui in parte aliquota fructuum. ibidem.

An ultra pensionem debeat aliquid solvi pro ingressu, seu exordio Emphyteusis? n. 8.

In Lusitania ijs, qui possident bona coronæ, vel sunt administratores capellarum, aut maioratuum, vel commendatarij cum facultate emphyteuticandi ejusmodi bona expresse interdicitur, nequid pro emphyteuticatione, vel renovatione Emphyteusis ultra pensionem accipiant. eodem num. 8.

Impugnari meritò possunt Emphyteuses concessæ à prælatis Ecclesiarum, qui pecuniam, vel munera pro ingressu acceperunt. num. 9.

Secluso præjudicio tertij, & spectata sola rei natura, non est illicitum, nec contra naturam contractus emphyteutici, quod aliquid ultra pensionem accipiatur pro ingressu ab emphyteuta, dummodo id simul cum pensione non excedat æstimationem Emphyteusis. n. 10.

Si pro ingressu Emphyteusis longe plus pecuniæ detur, quam valet tota pensionum collectio, non est contractus emphyteuticus, sed emptio, & venditio dominij utilis. Imo quoties aliqua pecunia datur pro tali ingressu, censetur ex illa parte emptio, & venditio, ac debetur sisa: & si detur res alia, est permutatio, & debetur duplex sisa ex sententia Molin. eodem n. 10.

Explicatis ijs, quæ ad rem emphyteuticam spectant, dicendum jam est de subjectione, & obligationibus, quas emphyteuta contrahit

hic respectu domini directi, ratione contractûs,& concessionis, qua rem ab illo obtinet: & inprimis de obligatione solvendi pensionem ab eo impositam; quæ est principale onus, quod emphyteuta suscipit in utilitatem domini, & recognitionem ejus dominij directi. Circa hanc ergo præmittendum est primò, id, quod statis temporibus pro re emphyteutica domino solvendum est in recognitionem dominij appellari tum *pensionem*, tum etiam *reditus*, ut patet ex §. *adeo Instit. de locatione*, ibi, *quandiu pensio, seu reditus*: item appellari etiam *Canonem*, ut *c. potuit, de locato*, ibi, *in solutione Canonis per biennium*, quamvis omnia hæc nomina generalia sint, & multò latius pateant, ut notavit Valascus *de jure emphyt. q. 11. in principio*, & Molina *tomo 2. de just. disp. 451. n. 1.* Præmittendum secundò, constitutionem, seu impositionem pensionis domino solvendæ ab emphyteuta esse de substantia contractûs emphyteutici, ut supponunt cōmuniter Doctores, & patet ex ipsa definitione Emphyteusis, quæ definitur: *Contractus, quo res immobilis quoad utile dominium alicui conceditur pro reali pensione statis temporibus domino proprietatis solvenda in recognitionem dominij.* Unde non aliter solet postulari ad valorem Emphyteusis, quam constitutio pretij ad valorem emptionis, & venditionis, ut infra constabit. His præmissis, jam ad quæstiones in titulo propositas respondeamus.

2 Prima quæstio est, qualis debeat esse pensio emphyteutica, id est, an debeat esse pecuniaria, vel possit etiam constitui in alia materia, ut infrumento, vino, oleo, &c? Respondetur non solùm in pecunia, sed etiã in alia quavis materia constitui posse. Ita cum cōmuni sententia Valasc. *de jure emphyt. q. 1. n. 7. & q. 10. n. 1. & q. 20. n. 5.* & Mol. *d. disp. 451. n. 3.* per textum in *dicto §. adeo, Instit. de locat.* ubi Glossa, *verbo, Reditus.* Quâ in re differt Emphyteusis à locatione propriè dicta, in qua juxta communiorem sententiam imponi debet pensio pecuniaria, ut latè multis relatis Doctoribus probat Valascus *dicta q. 20. n. 5.* Jure autem Lusitano *lib. 4. Ord. tit. 40.* sancitum est, ut quando in Emphyteusim conceduntur domus, aut area, in qua sunt ædificandæ, non possit imponi pensio, nisi in pecunia, vel avibus: alioqui contractus sit nullus. Circa quam legem notat Valascus *dicta q. 2. sub n. 6. §. rursus*, aves illas in pensionem impositas tradendas esse vivas, nisi sint de genere earum, quæ solent dari mortuæ, ut quæ venatione capiuntur, quemadmodum perdices, coturnices, & similes; quod desumit ex Bartholo, & alijs, & colligitur ex *l. qui decem, §. ultimo, ff. de solutionibus, & ex l. 1. §. plane, ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* Præterea notat idem Valascus *sub dicto n. 6. vers. item quæro*, dispositionem hujus legis Lusitanæ non habere locum in Emphyteusibus Ecclesiasticis, quia constitutiones principum sæcularium non ligant res Ecclesiæ: & licèt ubi jus canonicum nihil determinat, recurrendum sit ad jus civile, *cap. 1. de novi operis nunciatione*, tamen non recurritur ad jura particularia regnorum, sed ad leges Cæsareas, de quibus tantum Pontifices cogitare potuerunt.

Illud etiam hîc obiter notandum, si pensio constituta sit in pecunia, designato certo numero, & specie monetarum, quæ solvendæ sint, ut verbi causa, decem duplonibus aureis signaturæ Lusitanæ, licèt decursu temporis mutetur æstimatio, seu bonitas extrinseca talium monetarum esse nihilominus solvendas in eadem specie, & numero, qui in contractu fuit constitutus. Et si forte deventum sit ad tempus, quo tales monetæ non possint facilè haberi, vel conventum fuit, ut satis sit, quod earum æstimatio solvatur, debere tunc solvi juxta æstimationem, quam habent tempore solutio-

tionis, sive ea sit major, sive minor, quam quæ erat tempore contractus. Si autem illæ monetæ sint mutatæ in bonitate intrinseca, ut in pondere, vel liga, tunc debet fieri solutio, vel in moneta antiqua, vel in nova juxta valorem antiquæ. Ita plurimi Doctores, quos citat, & sequitur latè rem hanc edisserens Surdus *tomo 3. consil. toto fermè consil.* 335. *&* 368. & Stephan. Gratian. *tomo 3. discep. for. c.* 417. *per totum*, ubi in hanc sententiam refert plures decisiones Rotæ. Quando autem bona relicta hospitalibus, vel cum vinculo capellæ, dantur in Emphyteusim, statuit specialiter Ordinatio Lusitana, *lib.* 1. *tit.* 62. §. 47. ut pecunia solvenda pro pensione sit ex monetis currentibus tempore contractus, & licet postea mutetur valor talium monetarum, semper fiat solutio juxta valorem illius monetæ in ipso contractu declaratum. Cujus Ordinationis meminit dicens procedere in casu, de quo ibi, Benedictus Ægyd. *in l. ex hoc jure*, 1. *p. c.* 8. *num.* 27. ubi pro prædicta communi sententia alios Doctores refert. Non paucos etiam in contrarium adducit August. Barbosa *in collect. ad cap. pen. de Censib.* qui textus eis videtur favere: sed re vera nihil contra prædictam sententiam persuadet.

3 Secunda quæstio est, quanta possit, ac debeat esse dicta pensio emphyteutica? Respondetur posse esse parvam, vel magnam, prout contrahentes convenerint, dummodò tamen non sit tam magna, ut pensatis omnibus excedat valorem Emphyteusis. Hæc secunda pars apud omnes est in confesso; & patet, quia alioqui tolleretur æquitas, & justitia contractus. De priori parte est controversia, multis existimantibus de ratione Emphyteusis esse, ut pensio sit modica; alioqui, si magna sit, transire in locationem. Nihilominus tamen, quod ad substantiam emphyteutici contractus non spectet, quod pensio sit modica, vel magna, tenent meritò Valasc. *de jure emphyt. q.* 1. *num.* 8. & Mol. *disp.* 445. *num.* 1. *&* *disp.* 451. *n.* 2. quia contrarium nullo jure probatur.

Major difficultas est, quanta possit imponi pensio, salva justitia contractus? seu quæ censenda sit justa pensio? Aliqui hanc regulam tradiderunt, ut justa pensio sit illa, quæ viginti annis collecta valorem fructuum rei emphyteuticæ adæquet, juxta *Authenticum de non alienandis*, §. *quia verò Leonis*, *vers. si verò alicujus*, ubi hæc pensio decernitur pro suburbanis prædijs Ecclesiasticis in Emphyteusim concedendis. Dicendum tamen cum Pinelo *l.* 2. *Cod. de rescindenda vendit. p.* 1. *cap.* 3. *in fine*, Covar. 3. *var. cap.* 9. *n.* 5. Valasco *de jure emphyt. q.* 11. *num.* 4. Molina *disp.* 452. *num.* 1. & alijs, quos referunt, standum hac in re esse consuetudini locorum, ut scilicet, illa habeatur justa pensio, quæ pro alijs rebus similibus ejusdem regionis dari consuevit. Nam illud est justum pretium cujusque rei in unaquaque regione, quo ibi communiter æstimatur, ac vendi solet, ut alibi cum communi ostendimus. Neque obstat Authenticum pro priori sententia allegatum: nam solum continet decretum pro casu, quo res Ecclesiastica magni valoris, exiguæ verò utilitatis, seu reditus, in Emphyteusim erat concedenda: erant enim illa suburbana turres quædam sumptuosæ, ut Glossa ibidem exponit; in quo casu bene fit illa computatio viginti annorum. 4

Quando autem pensio, & aliæ conditiones in hoc contractu impositæ, essent adeò injustæ, ut daretur læsio ultra dimidium justi, credunt aliqui in tali Emphyteusi locum non esse remedio, *l.* 2. *Cod. de rescindenda vendit.* At probabilius est oppositum, quod, relatis alijs, tradunt Valascus *dicta q.* 11. *sub num.* 19. Pinel. *l.* 2. *Cod. de rescindenda vendit. p.* 1. *c.* 3. *num.* 37. & Molin. *dicta disp.* 452. *n.* 5. Estque id citra dubium 5

bium in Lusitania ex *l. regia lib. 4. Ord. tit. 13. §. 6.* ubi exprimitur, ut dispositio illius legis habeat etiam locum in Emphyteusibus.

6 Tertia quæstio est, utrùm ad valorem contractus emphyteutici debeat in eo constitui pensio certa, & determinata? Respondetur debere, saltem per relationem ad arbitrium alicujus tertij, vel ad aliquid aliud, ita ut verum aliquo modo sit, certam, ac determinatam pensionem constitutam esse. Ita Valascus *dicta quæst. 11. n. 5. & seqq.* ubi plures refert, Gama *decis. 222. n. 7.* & Molina *disp. 452. n. 1.* Estque communis Doctorum. Probatur, quia constitutio pensionis requiritur ad contractum emphyteuticum, ut constitutio pretij ad contractum emptionis, & venditionis: ad emptionem autem, & venditionem omnino requiritur pretium certum, *§. pretium*, ubi Glossa, & Doctores *Instit. de empt. & vendit. l. Hæc venditio, ff. de contrahenda emptione*: sufficit autem, si per relationem, vel demonstrationem aliquam determinetur, ut *dicta l. Hæc venditio*, ibi, *quanti tu emisti, vel quantum pretij in arca habeo*: ergo similiter de pensione dicendum. Quæ autem relatio sufficiat, & quid tenendum, quando determinatio pensionis collata est in arbitrium alicujus tertij, qui non potest, aut non vult arbitrari, vel arbitratur irrationabiliter, explicat latè idem Valascus *à n. 6.* & constat ex ijs, quæ circa determinationem pretij diximus *tractatione de emptione, & venditione, disp. 1. sect. 2. & disp. 5. sect. 1. in fine.*

7 Illud tamen hîc non omittam, probabile esse, quod tradunt Valascus *supra n. 10.* & Gama *d. n. 7.* nimirùm si Emphyteusis celebretur simpliciter, non constituta certa pensione, adhuc in eo eventu valere, si statuto, aut præscripta consuetudine cautum sit, ut pensiones emphyteuticæ à publicis æstimatoribus taxentur: vel sint certa rerũ pretia eo loco statuta. Nam tunc ejusmodi emphyteuticatio simpliciter facta habere videtur tacitam relationem ad id, quod lege, aut consuetudine cavetur; quia disponens semper intelligitur se conformare cum legis dispositione, *l. si duo*, ubi Baldus, *ff. de acquirenda hæreditate*, & similiter cum consuetudine generali, *l. si fundus, ff. de ædictionibus*, & cum consuetudine particulari patriæ, *per l. excepto, Cod. locati.* Quod si Emphyteusis simpliciter constitueretur dicendo pro justa pensione, & nec tacitè, nec expresse determinaretur per relationem ad aliquid, accederet tamen traditio, dubium esse potest, an tunc valeat, saltem ut pactũ innominatum, quemadmodum venditio facta simpliciter absque determinatione pretij, quæ accedente traditione valet ut contractus innominatus, juxta receptam sententiam relatam à Valasc. *d. q. 11. sub n. 14.* Hoc tamen dubium negativè resolvit idem Valascus; quia traditio non supplet defectum substantialem contractus, unde qui ex contractu nullo rem tradit, potest illam vendicare cum fructibus, eorumve æstimatione: nam traditio titulo destituta dominium non transfert. *l. nunquam, ff. de acquirendo rerum dominio.* Ex quo fundamento recedit meritò hic Author à d. sententia recepta circa venditionem: eum legito. Adverto etiam ex Mol. *disp. 451. n. 4.* posse pensionem emphyteuticam non solùm constitui in aliqua certa quantitate, sed etiam in parte aliquota fructuum, ut quod solvatur quarta, aut quinta pars fructuum, quos res emphyteutica reddiderit. Quod colligitur ex Ordinat. Lusitana *lib. 4. tit. 45. §. 2. & 3.* videturque docere Valascus *de jure emphyteutic. quæst. 30. num. 2.*

Quarta quæstio est, utrùm præter pensionem debeat aliquid solvi pro ingressu, seu exordio Emphyteusis? Aliqui existimarunt, necessariũ id esse ad contractũ emphyteuticum. Opposita tamen sententia est vera, & cõmunis, 8

ſcilicet non oportere quidquam pro eo ingreſſu ultra penſionem dari. Ita, relatis alijs, Valaſc. *de jure emphyt. q.* 10. *num.* 1. Julius Clarus *lib.* 4. *ſententiarum*, §. *Emphyteuſis*, *quæſt.* 3. Covar. 3. *variarum*, *cap.* 7. *n.* 1. & Molina *diſp.* 450. *num.* 2. Ratio eſt, quia nullo jure ea neceſſitas imponitur. Imò jure Luſitano *lib.* 4. *Ord. tit.* 41, uſque adeò ea neceſſitas excluditur, ut ijs, qui poſſederint terras regiæ Coronæ, vel fuerint adminiſtratores capellarum, aut maioratuum, vel commendatarij, & habuerint facultatem emphyteuticandi bona illa Coronæ, vel capellarum, &c. expreſſe interdicatur, ne aliquid pro emphyteuticatione, vel renovatione Emphyteuſis ultra penſionem accipiant: & tam danti, quam recipienti pœna pecuniaria imponitur, contractuſque irritatur. Cujus prohibitionis ea eſt ratio, quia cùm bona illa per mortem poſſeſſorum deventura ſint ad alios ex præſcripto Regis, vel eorum, qui capellæ, maioratui, aut commendæ illa vincularunt, magnum inferretur, aut inferri poſſet præjudicium ſucceſſoribus, ſi poſſeſſores ea emphyteuticantes aliquid ultra penſionem pro dicto ingreſſu exigere poſſent; ſiquidem evenire poſſet, ut ea traderent pro modica penſione, accepto pro ingreſſu magno pretio, quo ipſi tantùm fruerentur.

9 Ex quo fundamento credit Valaſcus *ſupra n.* 5. & Molina *num. item* 5. labefactari poſſe Emphyteuſes à prælatis Eccleſiarum conceſſas cum acceptione pecuniæ, vel munerum pro ingreſſu, ut non valeant, quatenus id fuerit in præjudicium ſucceſſorum: ut ſi ingreſſus ſit lucroſus, & conſtituta penſio exigua. Quæ ſententia eſt conformis decreto Concilij Tridentini *ſeſſ.* 25. *c.* 11. *de reformatione*; ubi cavetur, ne res Eccleſiaſticæ locentur antecipata ſolutione, & quod tales locationes nullatenus valeant in præjudicium ſucceſſorum.

10 Secluſo verò hujuſmodi præjudicio, & quavis alia prohibitione in contrarium, licitum, nec nontra rationem contractus emphyteutici eſt aliquid ultra penſionem pro ingreſſu accipi ab emphyteuta, dūmodò id ſimul cum pēſione prudentis arbitrio nō excedat æſtimationem Emphyteuſis: ſi enim excederet eſſet quoad talem exceſſum contractus injuſtus, & teneretur proprietarius reſtituere, ut bene poſt alios advertit Mol. *d. diſp.* 450. *n.* 6. Advertit etiam optime Valaſ. *ſup. n.* 7. ſi pro ingreſſu Emphyteuſis longe plùs pretij ſolvatur, quam valet tota penſionū collectio, non evadere contractum emphyteuticum, ſed emptionem: & venditionem dominij utilis, juxta ea, quæ tradidimus *tract. de emptione, & vendit. diſp.* 1. *ſect.* 1. Idem notat Mol. *d. diſp.* 450. *in fine*, ubi addit, quandocunque intervenit pretium pro ingreſſu, cenſendum eſſe ex illa parte contractum emptionis, & venditionis ad effectum, ut juxta quantitatem pretij debeatur decima, id eſt, *ſiſa*. Item, ſi pro ingreſſu detur res alia, ut equus, bos, triticum, aut quid ſimile, cenſendum eſſe pro ea parte contractum permutationis, & deberi duplicem decimam. Hæc tamen additio, an, & quouſque vera ſit, hîc non diſputo.

SECTIO SECUNDA.

Qualis ſit, & quando urgeat obligatio ſolvendi penſionem emphyteuticam?

SUMMARIUM.

Obligatio ſolvendi penſionem domino directo eſt ex juſtitia, & ex ſuo genere gravis. Si autem penſio ſit minima, non erit mortale omittere illam ſolvere pro una, vel altera vice, quamvis oppoſitum ſentiat Rebellus. n. 11.

An hæc obligatio ſit merè perſonalis, vel realis adhærens ipſi rei emphyteuticæ?

Prima

Prima sententia negat esse mere personalem. n. 12.

Secunda sententia verior mere personalem esse affirmat. n. 13.

Solvuntur fundamenta primæ sententiæ. n. 14.

Particularis successor in Emphyteusim, ut emptor, & similes non possunt conveniri pro pensionibus decursis, & non solutis tempore prædecessoris. eodem n. 14. fine.

Quando solui debeat pensio emphyteutica, ita ut ex tunc incipiat emphyteuta non solvens esse in mora? n. 15.

Si contrahentes designassent certum anni diem, aut mensem pro pensione tunc solvenda, debet ea solui intra illum diem, aut mensem; dominus autem non potest illam petere, nisi tali tempore jam elapso. ibidem.

Quando solum dictum esset in contractu, ut pensio solveretur quotannis, tunc solvenda est in fine anni à die initi contractus, nisi aliter habeat consuetudo, vel ex qualitate redituum solvendorum aliud colligatur & quomodò hoc intelligatur? n. 16.

Idem cum proportione est, quando esset constituta pensio pro singulis biennijs. ibidem.

Emphyteuta non solvens pensionem, quando advenit terminus pro ea determinatus, statim constituitur in mora, etiam si à domino non interpelletur. eodem n. 16.

Non tenetur dominus recipere anticipato pensiones plurium annorum. ibidem.

11 HAc in re certum est, obligationē solvēdi pensionem domino directo esse de justitia, utpotè ex contractu, esseq; ex genere suo obligationē gravem. Quod usque adeo extendit Rebel. *lib.* 13. *q.* 8. *n.* 8. ut quamvis pensio sit minima, tamen eam non solvere sit culpa mortalis, eo quòd non tam imponatur ob emolumentum domini, quam ob recognitionem dominij, & quo facilius solvi potest, eo in maiorem domini contemptum cedat eam non solvere. At hoc intelligendū credo, si emphyteuta omninò cesset, aut cessare intendat à tali pensione solvenda. Nam si tantum uno, vel altero anno, nollet solvere pensionem unius argentei, est procul dubio materia levis, & incapax gravis obligationis, etiam spectato illo contemptu, quem Rebel. considerat, cum pro una, & altera vice levissimus sit, & nullius momenti.

Maius dubium est, utrùm hæc obligatio sit merè personalis, vel etiam realis adhærens rei emphyteuticæ, ita ut hæc sit per se immediatè illi obligata, vel hypothecata? Duplex est sententia. Prima tenet rem emphyteuticam esse tacitè hypothecatam pro pensione solvēda de fructibus ipsius; atque adeo obligationē solvendi illā non esse merè personalem. Ita sentit Baldus in *Authent. si quis ruinas, col. penul. n.* 5. *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, quem sequuntur Jason, Socinus junior, Alexander de Nevo, Afflictis, & plures alij, quos refert Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 4. *num.* 16. & Caldas *de extinct. Emphyteusis, cap.* 3. *num.* 21. Idem videntur sentire nonnulli, quos refert, & sequitur August. Barbosa *in collect. ad c. potuit, de locato, num.* 165. quatenus docent possessorem rei emphyteuticæ teneri ad solutiones præteritorum annorum, licet tunc Emphyteusim non possederit. Quod etiam cum alijs tradit. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 3. *n.* 18. Pro hac etiam parte stat expresse Brittus *in dicto c. potuit*, §. 2. *num.* 2. Probat hanc sententiam Baldus per textum, quem valde ad hoc commendat in *Authent. de non alienandis*, §. *scire.* Alij etiam textus ab alijs Doctoribus afferuntur. Præterea verò probari potest ex illa communi regula, quod quoties aliquis promittit solvere annuam præstationem respectu certæ rei, ex qua solvi debeat, talis res manet obligata, & hypothecata pro tali solutione. Quam regulam tradunt Doctores per textum *in l. Codicillis*, §. *Instituto*, ibi, *neque fænerari super eas*, ubi Bartholus, Baldus, Paulus, Cas-

Castrensis, & alij, *ff. de legatis*, 2. *& in l. fundus, quem*, ubi etiam Bartholus *ff. de annuis legatis, & in l. nihil proponi, in principio ff. de legatis* 1. Unde cùm pensio emphyteutica imponatur, & promittatur respectu rei emphyteuticæ, ut ex fructibus ejus solvatur, manet talis res pro ea obligata, & hypothecata.

13 Secunda sententia, quam longe probabiliorem judico, negat rem emphyteuticam esse ullo modo obligatam pro pensione: & consequenter solum actionis personalis obligationem in emphyteuta admittit. Hanc sententiam tenent cum alijs Pinelus *in l.* 1. *Cod. de bonis maternis*, 2. *parte post numerum* 72. *limitatione* 5. Valascus *dicta quæst.* 4. *sub num.* 7. Caldas *dicto cap.* 3. *num.* 34. & Molina *disp.* 451. *in fine.* & pro illa etiam stat Bartholus *in l. finali, Cod. de jure emphyteutico*, ubi docet ideo constitutum fuisse, ut res emphyteutica vendi non posset, irrequisito domino directo, quia nisi emptor ab eo fuisset approbatus, & admissus tamquam emphyteuta loco prioris subrogatus, non posset dominus adversus emptorem agere pro pensione: quod secus dicendum foret, si res emphyteutica pro illa esset hypothecata; siquidem cum eo onere in quemlibet possessorem, etiam particularem transiret, esto nullam causam à domino haberet. Ratio hujus sententiæ est, quia nullo jure conceditur domino directo ejusmodi hypotheca in re emphyteutica, ut ex solutione fundamentorum contrariæ sententiæ constabit: sine lege autem tacitam hypothecam inducere non possumus. Accedit præterea, quod hypotheca non cadit bene in rem propriam, etiam si alter habeat dominium utile. *l. si rem alienam, ff. de pigneratitia actione, neque pignus, ff. de regulis juris.* Accedit etiam, quod pro solutione pensionis providetur domino per amissionem Emphyteusis, *l.* 2. *Cod. de jure emphyteutico.* Unde non oportuit induci tacitam hypothecam rei pro illa solvenda.

Neque obstant textus, qui pro contraria sententia adducuntur. 14 Quia imprimis *Authenticum, de non alienandis*, §. *scire*, nihil omnino contra nos probat, ut latè ostendit Caldas *dicto cap.* 3. *num.* 26. *& sequentibus*. De inde quædam alia jura, quæ ab Authoribus ejusdem sententiæ allegantur, loquuntur de publicis pensionibus debitis ex fundis vectigalibus, quæ onus reale inducunt, ut *lex finalis, Cod. sine Censu, & l. Imperatore:, ff. de publiciana in rem actione.* Tandem regula illa, quod res designata pro annua præstatione censetur hypothecata pro illa solvenda, non est universaliter vera, sed patitur multas explicationes, & moderationes, quas tradidimus, *disput.* 1. *de Censu, sect.* 7. §. 4. *num.* 122. Nec bene ad rem præsenrem accommodatur; quia res emphyteutica non designatur, ac determinatur, ut pensio ex illa præstetur, sed conceditur per contractum emphyteuticum sub obligatione ipsius contractus, ut annua pensio in recognitionem dominij proprietario solvatur, non tradendo specialiter ipsam, ut ex ea fiat solutio, quod necessarium erat, ut maneret in se immediatè obligata, & hypothecata. Ex qua sententia colliges particularem successorem in Emphyteusim, ut emptorem, & similes non posse conveniri pro pensionibus decursis, non solutis tempore prædecessoris: quod secus dicendum esset in priori sententia, ut bene advertit Valasc. *d. n.* 7. & Cald. *d. c.* 3. *n.* 23.

Quando autem urgeat dicta obligatio, id est, quo tempore solvi debeat 15 pensio emphyteutica, ita ut ex tunc incipiat emphyteuta esse in mora? Nihil circa hoc leges decernunt; sed standũ est conventioni partium. Quod si nihil expressè statuissent, recurrendum erit ad consuetudinẽ loci, vel cõcedentis, si

de

de illa constet: sin minus ex qualitate redituum res erit definienda. Sic Valascus *de jure emphyt. quæst.* 1. *num.* 14. & Molina *disp.* 451. *num.* 5. Adverte autem primò, quando contrahentes designassent certum anni diem, aut mensem pro pensione solvenda, tunc debere solvi pensionem intra eum diem, aut mensem, ut notat Mol. *n.* 6. at dominum eam non posse petere, nisi tali tempore elapso, juxta *l. liber homo, qui* 118. *§. decem, & l. qui hoc anno,* 42. *ff. de verborum obligationibus, & §. omnis stipulatio, Instit. eodem titulo,* quod latius explicavimus tractatione de cōtractibus in genere, *disp.* 6. *sect.* 2. *diffic.* 4. *§. si verò tempus, & seq.*

16 Adverte secundò, quandò solùm dictum esset, ut pensio solveretur quotannis, tunc solvendam esse in fine anni à die initi contractus, nisi aliter habeat consuetudo, vel ex qualitate redituum, ex quibus solvenda est, aliud colligatur. Ita fermè cum aliis Brittus *in cap. potuit, §.* 4. *n.* 11. *fine.* Ratio est; quia licet regula cōmunis sit, ut quandò promittitur, vel constituitur dandum aliquid annuum, præstari debeat initio cujusque anni, ut expresse habetur *l.* 1. *Cod. quando dies legati cedat, & l. nec semel, ff. eodem*; tamen hæc regula fallit, quando præstatio est facienda de certo reditu; nam tunc debet solvi, quando reditus percipitur juxta *d. l. nec semel, §. si in habitatione*: item fallit, quando stat consuetudo in contrarium, prout in præsenti; nam, ut affirmat Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum, §. Emphyteusis, q.* 12. consuetudo in hac materia est, ut pensio emphyteutica in fine anni à die contractus solvatur. Atque idem cum proportione dicendum est, quando esset constituta pensio pro singulis bieniis solvenda, prout interdum evenit, præsertim quando de oleo est soluenda. Adverte tertiò, si emphyteuta non solverit pensionem, ubi advenerit terminus pro ea solvenda determinatus, statim constitui in mora, etiam si à domino non interpelletur; quia ipse terminus interpellat pro homine, *cap. finali, de locato, l. magnam, Cod. de contrahenda, vel committenda stipullatione,* & notat in specie Molina *disp.* 453. *n.* 1.

Si quæras, utrùm emphyteuta satisfaciat offerendo pensiones anticipatò; ita ut si plurium annorum sequentium pensiones offerat, teneatur dominus illas recipere, vel pro solutis habere? Respondeo negativè, cum Sylv. *verbo, Emphyteusis, quæst.* 8. Molina *supra num.* 22. Britto *in cap. potuit, §.* 4. *num.* 10. *de locato,* & aliis, quos referunt, quia dominus habet jus, ut singulis annis recognoscatur: quo jure non tenetur cedere, maximè cùm id possit esse illi damnosum. Quod latè prosequitur Brittus *dicto n.* 10. *&* 11.

SECTIO TERTIA.

An obligatio solvendi pensionem emphyteuticam cesset ob calamitatem, sterilitatem, similemvè casum rei emphyteuticæ, aut fructuum illius?

SUMMARIUM.

Quando res emphyteutica omninò perit, cessat omninò obligatio solvendi pensionem; secus autem, si solùm pereat ex parte num. 17.

Licitè potest constitui pactum, ut tota pensio debeatur, etiam si res emphyteutica omninò pereat. n. 18.

Si domus emphyteutica culpa emphyteutæ destruatur, in electione domini est, vel eum cogere illam readificare; & pensionem solvere, vel eum ab emphyteusi repellere, & agere ad interesse. ibidem.

Quid si talis domus destructa sit absque culpa emphyteutæ? n. 19. *& seq.*

Quando vinea, aut olivetum in Emphyteusim concessum casu fortuito destructum est, an tunc permanere adhuc censeatur Emphyteusis ratione soli, quod perseverat? n. 20. fine, & n. 21.

An cesset, saltem ex parte, obligatio solvendi pensionem, quando res emphyteutica maiori ex parte perit? Referuntur variæ opiniones: & tandem resolvitur standum esse consuetudini locorum. num. 22. & 23.

Ob sterilitatem contingentem in fructibus, etiam ob casus insolitos, & fortuitos, non cessat obligatio solvendi integram pensionem emphyteuticam. n. 24.

In locatione remittitur pensio ob sterilitatem in fructibus, & cur? ibidem.

Remitti debere pensionem emphyteuticam ob sterilitatem, quando pensio esset magna, & fructibus respondens: item quando fructus omninò perirent, vel iam pauci colligerentur, ut non sufficerent integræ pensioni solvendæ, censent multi, & videtur in praxi receptum: at de rigore juris oppositum est tenendum. n. 25.

Si res emphyteutica ab hostibus capta sit absque spe recuperationis, cessat omninò obligatio solvendi pensionem. n. 26.

Quid si res emphyteutica propter bellum, aut justum belli timorem, vel aliam similem causam coli non possit? n. 27.

Et quid etiam, quando res emphyteutica propter supervenientem pestem usui esse non potest? ibidem.

Stando in rigore juris non cessat obligatio solvendi pensionem in prædictis casibus, emphyteuta tamen eam tunc non solvens, excusatur à commisso. n. 28.

Quid quando domus emphyteutica infestaretur malis spiritibus, & propterea non posset habitari? n. 29.

An debeat augeri pensio, quando res emphyteutica propter alluvionem, vel alium casum fortuitum accresceret, & redderetur fructiosior? Respondetur negativè. n. 30.

Speciale est, ut aucto, vel deminuto prædio tributario, augeatur, vel deminuatur pensio, quæ ex illo debetur. ibid.

17 IN hac difficultate sit. Prima conclusio. Quando res emphyteutica omninò perit, ut si ager emphyteuticus permanenter à mari, vel flumine occupetur; aut omninò destruatur, ita ut deinceps coli non possit, cessat omninò obligatio solvendi pensionem: secus autem si res solùm pereat ex parte, adhuc enim tota pensio solvenda est. Ita expresse habetur *l. 1. Cod. de jure emphyt.* & *§. Adeo, Instit. de locat.* traduntque communiter Doctores. Unde hi duo versus vulgò circunferuntur. *Si perit res tota, liberabitur emphyteota: sed si pro parte, nulla liberabitur arte.*

1 Circa priorem verò hujus conclusionis partem advertit Valascus *de jure emphyt. q. 27. n. 1.* eam procedere, nisi appositum esset pactum, quod etiam re emphyteutica funditus perempta; adhuc nihilominus solveretur pensio. Quod etiam alij Doctores tradunt, inter quos Mol. *disp. 454. n. 1.* & habetur *dicta l. 1. Cod. de jure emphyt.* ibi, *super omnibus, vel etiam fortuitis casibus.* Nec id mirandum, nam pactum de casibus fortuitis præstandis licitum est ex se in quovis contractu, si modo tale onus sufficienter illud suscipienti compensetur. Præterea docent bene cum Baldo idem Valascus *n. 2.* & Mol. *n. etiam 2.* si domus emphyteutica fuit combusta, aut aliter destructa culpa emphyteutæ, tunc in electione esse proprietarij, vel eum cogere illam reædificare, & pensionem solvere, argumento *l. 2. vers. volenti, Cod. de jure emphyt.* vel omninò eum ab Emphyteusi repellere, vel agere ad interesse, juxta *l. 2. ff. si ager vectigalis.*

9 Si domus autem sit destructa, vel combusta absque culpa emphyteutæ; variè sentiunt Doctores. Nam Bald. *in d. l. 1. Cod. de jure emphyt. lectura 1. col. 4. n. 10. vers. modo revoco,* docet esse tunc in electione emphyteutæ, vel domum reædificare, & solvere pensionem, quia adhuc remanet area juris emphy-

emphyteutici: vel recedere omninò à contractu absque obligatione reædificandi domum, vel solvendi pensionem, juxta *dictam l. 1. & juxta l. Paulus, §. domus, ff. de pignoribus, & l. si domus, ff. de legatis* 1. Hanc tamen sententiam meritò impugnant Valascus, & Mol. proximè citati; quia aut domus penitus censetur destructa, & sic tollitur omninò Emphyteusis, nec in potestate emphyteutæ est illam continuare: aut censetur manere ex parte ratione areæ, & tunc cogendus est emphyteuta domum reficere, & pro solo eandem pensionem solvere; quia non est penitus extincta res emphyteutica. Alij ergo, ut Angelus, Immola, & Jason, quos refert idem Valascus, sentiunt non debere in proposito casu cēseri Emphyteusim prorsus extinctam; cùm maneat area, quæ est præcipua pars domus *l. qui res, §. aream, ff. de solutionibus*, & sic teneri adhuc emphyteutam reædificare domum, & pensionem solvere.

20 At hæc etiam sententia rejicitur à Valasco, & Molina locis citatis, & à Rebello *lib. 13. q. 9. n. 3.* Quibus magis placet, ut quamvis maneat area post eversam domum emphyteuticam, censeatur res emphyteutica prorsus destructa, & Emphyteusis extincta. Quam sententiam probat etiam Gregorius Lopes *l. 24. tit. 8. partita 5.* estque proculdubio probabilior; quia licet area sit præcipua pars domus, eaque maneat post domum eversam, tamen domus simpliciter non manet; siquidē ea destructa mutatur forma, quæ non consistit, nec conservatur in sola area: mutata autem forma rei, substantia quoque videtur perempta, *l. Iulianus, §. sed & siquis, ff. ad exibendum. l. Repeti, §. ultimo, ff. quibus modis ususfructus amittatur, d. l. qui res, §. aream, ff. de solutionibus.* Alioqui dicendum foret, quāvis etiam area everteretur, adhuc censeri manere ex parte rem emphyteuticam, eo quod adhuc permaneant lapides, & cæmenta, ex quibus domus emphyteutica constabat, quod nemo admittet. Atque ex hoc fundamento censet Gregorius Lopes *supra*, & post eum Mol. & Rebel. *locis citatis*, idem dicendum esse, quando res emphyteutica erat vinea, aut olivetum, ut nimirum destructa casu fortuito vinea, vel oliveto, Emphyteusis prorsus extinguatur; quia licet maneat ager, tamen non manet vinea, aut olivetum.

Hoc tamen non est solidum, & probabilius est, quòd *supra disp. 2. sect. 1. n. 4.* tradidimus ex Valasco, & alijs, quos refert *q. 12. de jure emphyt. n. 3.* nimirum si in instrumento emphyteutico reperiatur concessum in Emphyteusim olivetum situm in tali loco, intelligi in dubio emphyteuticam esse ipsam terram olivis consitam, & consequenter quamvis destruantur olivæ, adhuc Emphyteusim manere in ipso fundo, qui est pars, eaque præcipua, rei emphyteuticatæ. Qua ratione idem Valasc. *quæst. 27. superius allegata n. 2.* approbat sententiam Bartholomæi Philippi constituentis differentiam inter Emphyteusim insulæ, & Emphyteusim domus, ut illa maneat manente area, hęc verò manente sola area non maneat. 21

Circa aliam partem conclusionis, quod videlicet, pereunte solùm ex parte re emphyteutica, adhuc perseveret obligatio solvendi integram pensionem, dubitari solet, an id procedat, etiam si exigua tantùm pars supersit? In qua quæstione varij sunt Doctores, Glossa *in l. nomen filiarum §. portiones, verbo, adjecta*, juxta textum ibi; *ff. de verborum significat.* resolvit procedere, quando res solùm perit pro demidia parte. Sed hanc sententiam alij Doctores communiter rejiciunt, eique etiam aliæ Glossæ contradicunt, ut Glossa *in leg. 1. Cod. de jure emphyteutico, verbo, particulare*, & Glossa *in §. adeo, verbo, particularis, Instit. de locatione*, quæ rem disputant, & 22

& tandem concludunt deberi integrã pensionem, etiam si res ultra dimidiũ pereat. Pro qua sententia stat satis aperte textus *in dicta l. 1.* ibi, *ex quo non ipsa rei penitus læditur substantia*; & *in dicto §. adeo*, ibi, *sin autem particularis*, Neque obstat textus *in dicta l. nomen filiorum*, quia ipse textus se exponit, dum ait nomine partis intelligendum esse demidium, nisi aliud sit expressum: duo autem proximè citata jura satis
22 exprimunt, non cessare obligationem solvendi integram pensionem, etiam si res emphyteutica plus demidio perempta sit.

23 Melius ergo alij ad hoc dubium respondent, non excusari emphyteutam à dicta obligatione integræ pensionis solvendæ, si saltem octava pars rei emphyteuticæ superfit, ut expresse decisum est apud Hispanos, *l. 28. tit. 8. partita 5.* Si autem minus octava parte remaneret, tunc credunt pro nihilo id reputandum. Ita cum Gregorio Lopes, & Julio Claro affirmantibus esse communem sententiam, Panormitano, & plerisque alijs Molin. *dicta disp. 454. num. 4*, dicens, huic sententiæ in puncto juris adhærendum esse. At quidquid sit, spectato rigore juris, vel in Hispania ob *dictam l. partitarum*, certè ex æquitate servandum in praxi videtur, quod cum alijs tradit, & approbat Valascus *de jure emphyteutico. q. 27. sub n. 4. §. cæterum*, ut quando pars, quæ superest, non sufficit ad reddendam integram pensionem, remittatur, seu minuatur pensio. Quin etiam addit idem Valascus *n. 5.* se aliquando vidisse practicari in tribunalibus Ecclesiasticis, ut in casibus notabilis deminutionis rei emphyteuticæ pensio deminueretur virorum bonorum arbitrio: idemque observatum esse in suo Senatu testatur Garcia *de expensis*, *c. 14. num. 9.* ut idem Valascus refert. Quod si pensio emphyteutica imposita esset fructibus respondens, & non in solam recognitionem domini, tunc docet absolutè idem Valascus *n. 6.* cum Julio Claro, minuendam necessariò esse pensionem, licet res solùm ex parte intereat; quia talis Emphyteusis habet vicem locationis, in qua hæc pensionis deminutio facienda est. Quæ sententia est etiam Bartholi, & aliorum, quos citat, & sequitur Gregorius Lopes *ad dictam l. 28. tit. 8. partita 5. verbo, octava parte.* Ab hac tamen sententia tamquam in puncto juris falsa, recedendum credit Mol. *d. n. 4.* In qua opinionum varietate, quid potius tenendum sit judices viderint: ergo standum esse consuetudini locorum dixerim.

Secunda conclusio. Ob sterilitatem contingentem in fructibus etiam ob casus insolitos, & fortuitos, non cessat obligatio solvendi integram pensionem emphyteuticam. Hæc est communissima Doctorum sententia, quam innumeris relatis, tradit Valascus *d. q. 27. n. 7.* Sequitur Molina *dicta disputat. 454. n. 6.* cum Glossa *in cap. potuit de locato*, Panormitano *ibidem à n. 16.* & *cap. sterilitatem*, *n. 3. eodem tit.* & Julio Claro *lib. 4. sententiarum*, *§. Emphyteusis, q. 8. n. 7.* Probatur apertè *ex dicta l. 1. Cod. de jure emphyt.* & *ex d. §. adeo*, *Instit. de locat.* in quibus juribus omnia infortunia, quæ rem emphyteuticam non destruunt, cedunt damno emphyteutæ: & consequenter ob nullam sterilitatem, & casum in solis fructibus contingentem liberatur ab integra pẽsione solvenda. Ac ne hoc irrationabile videatur, ea ratio reddi solet; quia pensio emphyteutica imponitur, & præstatur potius in recognitionem dominij directi, quam in compensationẽ fructuum, & ideo solet imponi modica: licet ergo contingat sterilitas in fructibus, non debet pensio remitti, cum fructus non respiciat. Unde non valet hic argumentum à locatione, in qua propterea pensio ob sterilitatem remittitur, quia imponitur in compensationem fructuum, & sic sub conditione, si fructus percipiantur, *cap. propter*,

ter de locato: vel etiam, quia fructus fundi locati, antequam colligatur, sunt domini, *l. si apes, ff. de furtis*; & ideo sterilitas in illis contingens domini damno debet cedere: fructus autem Emphyteusis, & ante, & post collectioné ad emphyteutam pertinent.

25 Dupliciter autem hanc conclusioné multi Doctores limitant. Primò, ut non procedat, quando pensio esset magna, & fructibus correspondens, ut si esset tanta, aut paulò minor, quam quæ daretur pro locatione: tunc enim credunt remittendam esse propter sterilitatem, sicut in locatione; quia cessat ratio, qua tradita conclusio nititur. Ita Glosa *in Authent. perpetua, verbo, sextam, Cod. de sacrosantis Ecclesijs*, & plures alij, quos refer Valascus *supra n.* 11. ubi testatur sæpe in Senatu Lusitano secundùm hanc opinionem se vidisse judicatum sequuntur Julius Clarus *d. n.* 7. Navar. *in Manuali, cap.* 17. *n.* 190. & Gregorius Lopes *l.* 28. *tit.* 8. *partita* 5. *verbo, La octava parte*, & colligitur ex Bartholo *in l.* 1. *Cod. de jure emphyt.* ut ibi ponderant Salicetus, & Jason *n.* 20. Limitant secundò, ut etiã non procedat, si tanta esset sterilitas, ut fructus omnes absumeret, vel tam pauci colligerentur, ut ex illis non posset solvi integra pensio. Ita Barth. *n.* 4. *&* 9. ac multi alij *in dicta l.* 1. *Cod. de jure emphyt.* consentit Gam. *dec.* 150. *n.* 2. *& decis.* 232. *quæ primo loco hoc numero notatur, ad finem*; ubi in casu magnæ sterilitatis sentit debere in emphyteutis servari in hoc regno Lusitaniæ, quod pro colonis sancitum est jure Lusitano *lib.* 4. *Ord. tit.* 27. §. 1. atque ita judicatum fuisse affirmat. Cæterum quamvis hæ limitationes recipiendæ videantur in praxi, ut Valascus *d. n.* 11. *& n.* 12. admittit, quia videntur cõmuniter receptæ, & sunt æquitati consonæ; tamen stando in rigore juris, illas meritò rejiciunt idem Valascus, & Molina *disp.* 454. *n.* 7. *&* 8. quia repugnant aperte generalitati textus *in d. l.* 1. *Cod. de jure emphyt.* ubi solùm in casu, quo res emphyteutica penitus intereat, emphyteuta liberatur à pensione solvenda.

Tertia conclusio. Si res emphyteutica capta sit ab hostibus absque spe illam recuperandi, cessat omninò obligatio solvendi pensionem. Ita cum communi, & indubitata omnium sententia Valascus *de jure emphyt. q.* 27. *sub num.* 13. §. *verum omissa*, & Mol. *dicta disp.* 454. *n.* 1. Probatur quia res bello capta, sive justo, sive injusto, si nulla est spes recuperationis, habetur pro omnino perempta: re autem emphyteutica omnino perempta, extinguitur Emphyteusis, neque ulla manet obligatio solvendi pensionem. *d. l.* 1. *Cod. de jure emphyt.* 26

Non levis autem dubitatio est, an quando res emphyteutica propter bellum, aut justum belli timorem, vel aliam similem causam coli non potest, cesset pro tunc obligatio solvendi pensionem? Multi Doctores, quos latè refert Valascus *d. q.* 27. *sub n.* 18. affirmativè respondent, & idem censent Julius Clarus *lib.* 4. *sententiam*, §. *Emphyteusis, q.* 8. *vers. sed quid*, Rebellus *lib.* 13. *q.* 8. *n.* 4. & plures alij, quos citat, & sequitur August Barbosa *in collect. ad c. potuit, de locato, n.* 110. à quá sententia recedendum non esse in praxi, eo quòd sit communis, admonet idem Valascus *n.* 20. *in fine, & n.* 21. Eandem resolutionem extendit ad casum, quo res emphyteuta propter supervenientem pestem usui esse non potest. Intelligitur autem hæc sententia primò, nisi emphyteuta in se suscepisset omnes casus fortuitos. Secundò, nisi consuetudo regionis in contrariũ stet. Tertiò, nisi ipse emphyteuta causa fuisset belli, aut nisi potuisset illud impedire, vel hostibus resistere, nec tamen fecit. Quartò, nisi omisisset admonere proprietarium, qui admonitus fructus ex re emphyteutica percepisset. Quas omnas limitationes ponit, & expli- 27

explicat idem Valascus *sub dicto n. 3. 5. adde tamen, & num 14. cum seqq.*

28 Cæterum ipse Valascus *n. 20.* & Mol. *dicta disp. 454. sub num. 9.* tenent, quod stando in rigore juris, nullum ex prædictis temporalibus impedimentis emphyteutam excusat à solvenda integra pensione: & pro eadem sententia nonnullos ex antiquioribus refert Valascus, qui eam veriorem dicunt, eaque mihi placet, estò in praxi pro communi standum sit. Ratio est aperta, quia dicta impedimenta, & infortunia, substantiam rei non lædunt, neque auferunt sed tantùm culturam, & fructuum collectionem impediunt, emphyteuta autem propter nullum infortunium, aut impedimentū rei substantiam penitus non auferens, à solvenda pensione liberatur, ut ex dictis constat stando in rigore *dicta leg. 1. Cod. de jure emphyt.* Addit autem Molina, si emphyteuta ob hujusmodi causam nolit pensionem solvere, contendens eam non debere, non incidere in commissum; quia cùm pro se habeat communem Doctorum sententiam, caret culpa eam non solvendo, fasque illi est experiri suum jus se ipsum defendendo.

Quod si domus emphyteutica ma-
29 lis spiritibus infestetur, verius credit Valascus *supra n. 22.* etiam stando in prædicta communi sententia teneri emphyteutam pensionem solvere; quia licet talis domus reddatur inepta ad habitationem: attamen potest alijs usibus inservire, ut pro asservando frumento, vino, & alijs rebus, & sufficit aliquam ejus partem utilem manere, ut Emphyteusis consistat, & pensio debeatur, juxta supra dicta. Quod magis sine dubio procedit, quando jam tempore contractus fama erat domum illam esse infestatam, nec emphyteuta id ignorabat: secus autem, si id ignorasset, quia tunc quasi decepto, & nimis læso juris remedijs succurrendum est. Sic Valascus *d. n. 22.*

Quæri tandem hic potest, an si res 30
emphyteutica alluvione, aut alio eventu fortuito accrescat, & fructuosior reddatur, augeri debeat pensio? Ad quod negativè respondendum est cum Bartholo, Baldo, Saliceto, Jasone, & alijs communiter, quos citat, & sequitur Valascus *de jure emphyt. q. 16. n. 7.* quia cùm hujusmodi augmentum sit naturale, non ex vi contractus emphyteutici, sed juris gentium constitutione, rei emphyteuticæ accrescat, iniquum est, ut pro ea felicitate aliquid plus domino directo pendi debeat ab emphyteuta. Nec obstat textus in *l. 2. Cod. de alluvionibus.* Nam loquitur de incremento alluvionis prædij tributarij in quo speciale est, ut eo aucto, vel deminuto augeatur, vel minuatur pensio, ut notat Glossa *in l. 1. verbo particulare, Cod. de jure emphyt.* Bald. & omnes *in d. l. 2.*

SECTIO QUARTA.

De obligatione solvendi laudemium domino directo.

SUMMARIUM.

Quid sit laudemium, & propter quid solvatur? n. 31.

Domino injustè nolenti novum emphyteutam investire denegari potest laudemium. ibidem.

Id, quod pro laudemio solvitur, semper, est aliquota pars pretij, vel æstimationis rei emphyteuticæ: seclusa autem speciali conventione, secundum jus commune solvitur pro laudemio quinquagesima pars pretij, vel æstimationis; secundum verò jus Lusitanum quadragesima; quod jus etiam in Emphyteusibus Ecclesiasticis servatur ex præscripta consuetudine. n. 32.

Ex partium conventione varia admodum est quantitas, quæ pro laudemio solvitur. ibidem.

Si conventum sit, ut laudemium non solvatur, standum est tali pacto. n. 33.

Nunquam autem censetur laudemium remissum, nisi id exprimatur. ibidem. & n. 35. fine.

Licet dominus dicat se rem in Emphyteusim concedere liberam à quibusvis oneribus, adhuc non censetur remittere laudemium, nec alia jura dominicalia. ibid.

Quota illa, quæ pro laudemio solvenda est, intelligi debet quota pretij, quo tam res principalis, quam meliorationes ei adhærentes æstimantur. n. 34.

Imo & quo etiam fructus pendentes æstimantur. ibidem.

Laudemium debetur ab emptore Emphyteusis, seu illo, in quem Emphyteusis alienatur. n. 35.

Neque in contrarium stat lex Lusitana. n. 36.

Ad cognoscendum quando venditor, aut emptor Emphyteusis censendus sit deceptus ultra dimidium justi pretij, ad effectum utendi remedio, l. 2. Cod. de rescindenda vendit. debet attendi ad id, quod, soluto laudemio, remanet venditori. eodem num. 36.

Cùm dicitur laudemium esse quota pretij, vel æstimationis rei emphyteuticæ, intelligitur quota pretij, quo res venderetur, si non deberetur laudemium. ibidem.

Quo maiora sunt onera, cum quibus emphyteusis in emptorem transfertur, eo minoris æstimatur, ac minus proinde laudemium tunc debetur. Hoc autem de minuendo laudemio intelligitur, nisi onera liberè, ac speciali pacto emptori sint imposita. n. 37.

An obligatio solvendi laudemium sit realis, ipsi rei emphyteuticæ annexa? Partem affirmantem aliqui magis probant. n. 38.

Pars negans præfertur. n. 39.

Ob non solutum laudemium non incurritur pœna commissi, seu caducitatis Emphyteusis. n. 40.

Quando aliquis habet usumfructum proprietatis rei emphyteuticæ, ei solvendum est laudemium, non verò proprietario. n. 41.

In eo autem eventu jus investiendi, ac renovandi investituram, & capiendi feudum, vel rem emphyteuticam; pertinet ad proprietarium. Et an eidem quæratur utilitas comissi, vel potius usufructuario? ibid.

Quando venditur res subemphyteuticata, an tunc debeatur laudemium proprietario, vel potius emphyteutæ, qui rem subemphyteuticavit. n. 42.

Laudemium est id, quod in alienatione Emphyteusis domino directo solvitur ob consensum, quem alienationi præstat approbando, & laudando novum emphyteutam, quem loco antiqui investit, & in possessionem mittit. Ita communiter Doctores, quos refert, & sequitur Surdus *decis. 31. n. 8. & consil. 84. in fine, tomo 1,* Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, q. 24. n. 4.* Et Caldas *de extinct. Emphyteusis, cap. 16. n. 1.* constatque apertè *ex l. ultima, Cod. de jure emphyt.* ibi, *pro subscriptione sua.* Unde infert Caldas *supra n. 2.* cum Jasone *in dicta l. ultima, n. 52.* denegari posse laudemium domino, si injustè, seu irrationabiliter nolit novum emphyteutam investire, seu laudare; siquidem, cùm illi non debeatur, nisi quasi in remunerationem pro eo beneficio, consequens est, ut cessante causa, cesset etiam effectus, & laudemium, juxta regulam, *l. adigere. §. quamvis, ff. de jure patronatus, & cap. cum cessante, de appellationibus.* 31

Id autem, quod pro laudemio solvitur, semper est aliquota pars pretij, vel æstimationis rei emphyteuticæ: quæ pars magnam, quo ad quantitatẽ, varietatem subit; nam seclusa speciali partium conventione, solvitur pro laudemio, secundùm jus commune, quinquagesima pars pretij, vel æstimationis rei emphyteuticæ, ut expressè habetur *dict. l. ult. Cod. de jure emphyt.* & secundùm Lusitanum jus solvitur quadragesima, ut hobetur *lib. 4. Ord. tit. 39. in principio.* Quod etiam servatur in Emphyteusibus Ecclesiasticis; nam 32

nam licet, quando jus canonicum nihil circa illas disponit, standum sit dispositioni iuris civilis communis, *cap. 1. de novi operis nuntiatione*; tamen consuetudo præscripta in hoc regno est, quod etiam in illis solvatur quadragesima, ut affirmat Molina *disp. 459. n. 21.* Quando autem aliud deductum esset in pactum à contrahentibus, id servandum est, justa *l. 1. Cod de jure emphyt.* & ita habet praxis. Unde videmus in aliquibus Emphyteusibus solui decimam partem, in alijs vigesimam, in alijs quintam; in alijs tertiam, & in aliquibus etiam dimidiam; quod licet durum videatur; tamen si aliàs compensetur, non est injustum.

33 Quin etiam, si conventum sit, ut laudemium non solvatur, tali pacto standum est, ut advertit Mol. *dict. n. 21.* quia quod solvatur laudemium non pertinet ad substantiam contractus emphyteutici: pacta autem adjecta, quæ cõtra illius substantiam non sunt, servari debent, ut dicitur *in d. l. 2. Cod. de jure emphyteut.* Nunquam autem censetur laudemium remissum, nisi dominus id exprimat: unde quamvis dominus absolutè det licentiam alienandi, nulla facta mentione laudemij, & quãvis rem in Emphyteusim sub ampla forma concedat dicendo, se illam concedere immunem, & exemptam à quibusvis oneribus, adhuc laudemium exigere potest, ut cum alijs notat Caldas *dicto cap. 16. n. 3. & 37.* Surdus *dicta decis. 31. n. 11.* Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ord. Lusit. lib. 4. tit. 38. in princip. n. 52.* Nam hujusmodi licentia, & concessio semper debet intelligi salvis juribus dominicalibus, quæ secundùm naturam emphyteutici contractus domino specialiter competunt, & ex ipsa emphyteusi nascuntur.

34 Præterea quota illa, quæ pro laudemio solvenda est, intelligi debet quota pretij, vel æstimationis, qua tam res principalis; quàm etiam meliorationes ei adhærentes, & simul alienatæ æstimantur, ut colligitur *ex l. ult. Cod. de jure emphyt.* & tradit cum alijs Caldas *d. cap. 16. n. 8.* & Mol. *d. n. 21.* Ratio est aperta, quia hujusmodi meliorationes cedunt Emphyteusi, & pertinent quoad dominium directum ad proprietarium; neque absque ejus consensu alienari possunt. Laudemium autem solvitur pro ejusmodi consensu, & beneficio, quod proprietarius impertit approbando alienationem rei ad se pertinentis quoad dominium directum, qualiscunque illa sit. Unde notat idem Caldas *n. 11.* debere laudemium solvi computata etiam æstimatione fructuum pendentium, cùm hi sint quædam pars rei, *l. fructus pendentes, ff. de rei vendic.*

Debetur autem laudemium ab emptore, seu illo, in quem Emphyteusis alienatur, ut tenet Glossa *in dicta l. ultima, verbo accipere, Cod. de jure emphyt.* quam sequuntur, Iason, & Salicet. ibidem, Surdus *decis. 200. n. 4.* Caldas *dicto cap. 16. de extinct. Emphyteusis n. 15.* Gregorius Lopes *in l. ultim. tit. 8. partita 5. verbo, No se deve tomar,* Julius Clarus *dicto §. Emphyteusis. q. 24. n. 4.* Molina *dicta disp. 459. n. 31.* Brittus *in c. potuit de locato, §. 5. num. 19.* & alij, quos citant. Ratio est, quia laudemium debetur pro consensu, & investitura, quo novus emphyteuta laudatur, & in possessionem mittitur: unde ab eo dari debuit laudemium, non verò à venditore, seu alienante. Quæ est alia ratio, cur concessa licentia alienandi, non censetur remissum laudemium, ut advertit Surdus *d. n. 4.* 35

Nec obstat lex Lusitana *lib. 4. Ordin. tit. 38. in princ,* ubi loquens de venditore Emphyteusis ait: *E pagará ao senhorio a quarentena, ou o conteudo no seu contrato,* ex quo textu existimavit Fragos. *tomo 3. disp. 13. §. 1. n. 12.* onus laudemij incumbere venditori in Lusitania. Nam ut omittam aliam responsionem, quam adhibet Caldas *supra n. 16.* responderi facilè potest juxta 36

ta eundem Doctorem *n.* 17. intelligendam esse legem Regiam, quando emptor non solùm tradidit venditori pretium Emphyteusis, sed etiam partem laudemio contingentem, ut ejus nomine illam solveret. In qua respõsione supponit, quòd latius tradiderat *n.* 4. ubi docet, pretium Emphyteusis esse id, quod remanet venditori, deducto laudemio, & alijs expẽsis necessarijs, ut gabella, & si quæ sunt aliæ, *argum. l. sed & si* 61. *ff. de conditionibus*, *& demonstrationibus*, ibi, *quasi id non capiat, quod eroget*, ubi Barthol. *num.* 1. rectè ait, verum rei pretium illud esse, quod venditor consequitur, licèt emptor plus prestet. In pretium namque illud tantummodò computatur, quòd venditor accepit: non videtur autem accepisse, quod statim erat traditurus. *l. numerus*, 51. *ff. de regulis juris*, *l. sed mortis*, §. *item si quis*, *vers. sed si opponas*, *ff. de leg. præstandis*. Quo fit, ut ad cognoscendum quando venditor, aut emptor Emphyteusis censendus sit deceptus ultra dimidiũ justi, ad effectum utendi remedio, *l.* 2. *Cod. de rescindenda venditione*, solùm debeat attendi ad id, quod, soluto laudemio, remanet venditori, ut notat Cald. *d. c.* 16. *n.* 5. & Pinel. *in l.* 2. *C. de rescind. vendit. p.* 2. 3. *n.* 41. Ne tamen decipiaris, maximè advertes, eò Emphyteusim minus valere, quò graviora sunt onera, cum quibus in emptorem transfertur; atque adeo eò minori pretio æstimari, ac vendi, quò maius laudemium ab emptore, seu nomine emptoris solvendum est. Unde cùm audis laudemium esse certam quotam pretij, vel æstimationis rei Emphyteuticæ, intellige quotam pretij, quò res venderetur, si non deberetur laudemium.

37 Cæterùm, & illud summopere notandum pro re præsenti, licet verum sit illud tantummodo censeri verum pretium, quod res valet deducta æstimatione onerum, & impensarum, quæ ab emptore præstanda sunt, ut constat *ex l. non amplius, in principio, de legatis* 1. *& ex l. quod dicitur, ff. de impensis in rebus dotalibus factis*; ac propterea in laudemio solvendo solùm habendam esse rationem pretij, quod Emphyteusis, deductis talibus oneribus, & impensis æstimatur; tamen hoc limitandum est, ut procedat solùm de oneribus, & impensis, quæ juxta rei naturam, eò quòd res vendita fuerit, præstanda sunt ab emptore; non verò de ijs, quæ speciali pacto adjecta fuerint: nam ejusmodi pacta, & onera liberè emptori imposita partem pretij continent, *l. fundi partem, ff. de contrahenda emptione*, *si sterilis*, §. *si tibi*, *ff. de actionibus empti*: unde in laudemio solvendo necessariò est habenda ratio æstimationis talium onerum; quia alioqui jam laudemium non solveretur habito respectu ad integrum pretium rei, sed solùm ad partem, cum magno domini præjudicio, quod admittendum non est. Ita docet, & latè explicat Caldas *d. c.* 16. *n.* 13. quem vide.

Circa ipsam verò obligationem solvendi laudemium dubiæ quæstionis est, utrùm sit obligatio realis annexa rei Emphyteuticæ, & cum ea trãsiens in quemlibet possessorem? Partem affirmantem sequuntur Menoch. *consil.* 444. *num.* 18. *cum sequentibus tomo* 5. Stephanus Gratianus *discept. for. c.* 254. *à n.* 1. cum alijs, quos citat, & sequitur Emman. Barb. *in remiss. ad Ord, Lusit, lib.* 4. *tit.* 38. *in princ. n.* 56. & ejus filius August. Barbos. *in collectan. ad cap. potuit, de locato*, *num.* 43. Brittus *ad cap. potuit*, §. 5. *num.* 17. *&* 18. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 13. §. 1. *num.* 5. Moderni Parisienses, & alij, quos refert Surdus *decis* 31. *à num* 1. Probant; quia laudemium æquiparatur decimæ; unde communiter Doctores argumentum sumunt à gabella ad laudemium: pro decima autem censetur esse res hypothecata, ut tradunt Joanes And. & Abbas *in cap. cum homines* 38

de decimis, & plures citat Neguzant. *de pignorib. memb.* 4. *p.* 2. *n.* 126.

39 Nihilominus partem negantem meritò defendit Surdus *d. dec.* 31. *à n.* 8. ubi testatur pro hac parte judicatum fuisse in suo Senatu, aliosque Doctores pro illa refert; atque idem sentit Caldas *d. cap.* 16. *de extinct. Emphyteusis*, *n.* 88. *fine*, ubi solùm agnoscit dari pro laudemio actionem personalem ex contractu, vel ex lege, adversùs emptorem Emphyteusis. Probatur primò, quia tacita hypotheca nunquã admittitur, nisi jure expresso reperiatur inducta. Glossa finalis *in l.* 2. *ff. de privil. creditorum*, Baldus *in l.* 2. *Cod. in quibus causis pignus, vel hypotheca tacitè contrahatur*, Fulgosus *consil.* 59. *col.* 1. *in fine*. Romanus *consil.* 454. Valascus *de jure Emyhpt. quaest.* 4. *sub n.* 7. & alij. Nullo autem jure cautum reperitur, ut res emphyteutica sit hypothecata, aut obligata pro laudemio: nullum enim assignabitur, neque Authores cõtrariæ sententiæ illud assignant. Secũdò, quia non debet maior obligatio induci pro laudemio, quam pro canone, seu pensione solvenda; cum hæc magis pertineat ad naturam, & obligationem contractûs emphyteutici: sectione autem 2. hujus disputationis, n. 12. cum communiori, & veriori sententia ostendimus non esse rem hypothecatam pro pensione. Neque fundamentum adversariorum eos multùm juvat; nam veriùs etiam est non esse rem hypothecatam pro gabella, seu decima, ut tenet Surdus *dicta decis.* 31. *n.* 10. quia talis hypotheca nullo jure reperitur inducta.

40 Dubitari etiam potest, utrùm ob non solutum laudemium incurratur pœna commissi, seu caducitatis Emphyteusis? Ad quòd respondendum videtur negativè cum Surdo *d. decis.* 31. *n.* 14. *& decis.* 200. ubi alios in eandem sententiam adducit, testaturque juxta illam fuisse in suo Senatu judicatum, sequitur August. Barbosa *in collectan. ad cap. potuit, de locato, n.* 44. Ratio est, quia pœna privationis non incurritur, nisi in casibus expressis, §. *cum igitur, vers. non est lex, Authent. de non eligendo secundo nubentes*. Baldus Romanus, Decius, Gozadinus, Beroyus, Rolandus, Menoch, & plures alij, quos refert idem Surdus *dicta decis.* 200. *num.* 1. Nullo autem jure habetur, ut emphyteuta à jure suo cadat, & Emphyteusi privetur ob non solutum laudemium. Vide tamen circa hanc resolutionem, quæ infra dicam *disp.* 8. *sect.* 4. *n.* 64.

41 Illud etiam hîc solet quæri, quando aliquis habet usumfructum proprietatis rei emphyteuticæ, an tali usufructuario, vel potiùs proprietario solvi debeat laudemiũ à novo emphyteuta; ut si dominus directus leget uni filio proprietatem rei emphyteuticæ, alteri verò usumfructum; qui potiùs solvendum sit laudemium? In hac quæstione pro proprietario stat Frag. *tomo* 3. *disp.* 13. §. 1. *sub num.* 6. post Navar. Ludov. Lopes, & Peraltam, quos refert. Ducitur, quia ad proprietarium spectat approbare, & investire novum emphyteutam; propter quam approbationem laudemium debetur, ut ex dictis constat: ergo ipsi proprietario laudemiũ debetur. Nihilominus pro usufructuario stant cõmuniter Doctores ea ratione, quia laudemium est quid consequens proprietatem tanquam fructus illius; & ideo ad habentem jus percipiendi fructus talis proprietatis spectare debet. Ita, relatis multis, Surdus *d. decis.* 31. *n.* 11. Cald. *de extinct. c.* 16. *n.* 40. Brittus *d. cap. potuit*, §. 5. *n.* 17. Mol. *disp.* 459. *num.* 21. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad lib.* 4. *Ord. tit.* 38. *num.* 60. & Aug. Barbosa *in collect. ad d. c. potuit, de locato, n.* 45. *& in additamentis ad citatum locum remissionum numero* 147. Ubi tamen cum Camillo Borrellio declarat, jus investiendi, ac renovandi investiturã, aut capiendi feudum, vel rem emphyteuticam

ticam, spectare ad proprietarium: atque eidem etiam quæri utilitatem commissi, tradit ex Gutter. *de tutelis p. 3. cap. 24. n. 3.* Cæterùm extincta Emphyteusi per commissum, pertinere usumfructum illius ad antiquum usumfructuarium docet melius Caldas *d. n. 40. in fine*, cum Tiraquelo *de retract. linag. ad finem tituli, n. 111.*

42 Existimant etiam aliqui, quando venditur res subemphyteuticata, non deberi, laudemium proprietario, sed emphyteutæ, qui subemphyteuticavit. Quam sententiam de rigore juris veriorem diximus *disp. 2. sect. 4. §. 2. dubit. 3.* At, ut ibidem etiam notavimus, communis Doctorum sententia est solvi deberi laudemium proprietario: quam præter ibi citatos tenent Faber, Jason, & alij, quos citat, & sequitur Caldas *d. cap. 16. num. 34. & 39.* (ubi tamen in contrarium citat Afflictis, & alios, quos ipse Afflictis refert *in cap. 1. §. illiud quoque, de prohibita feudi alienatione, per Federicum, n. 14. cum seqq.*) tenent etiam Camillus Bortellius, & Aloysius Riccius, quos refert, & sequitur Augustinus Barbosa *in additionibus ad remiss. super Ord. Lusitan. lib. 4. n. 149.* Quæ sententia, cùm sit communis in praxi tenenda est.

SECTIO QUINTA.

Ex qua Emphyteusis alienatione laudemium debeatur?

SUMMARIUM.

Laudemium debeatur ex quacumque Emphyteusis alienatione, ad quam dominus est requirendus pro consensu, & investitura novo emphyteuta facienda. n. 43.

Assignantur in particulari multa alienationes, in quibus secundum jus commune laudemium debetur. n. 44.

Et generatim loquendo laudemium debetur ex quavis alienatione, qua Emphyteusis transfertur, non ex vi dominicæ concessionis inclusæ in primo contractis emphyteutico, sed ex speciali consensu domini ad eum requisito. ibidem.

Laudemium non debetur ex venditione conditionali, quandiu non purificatur conditio, neque ex quibusdam alijs, quæ specialiter assignantur. n. 45.

Laudemium non debetur, quando Emphyteusis transfertur in aliquam personam comprehensam in ipsa concessione emphyteuticica. n. 46.

Regula generalis in hac materia esse potest, deberi laudemium ex quacumque Emphyteusis alienatione, ad quam dominus est requirendus pro consensu, & investitura novo emphyteutæ facienda. Ita sentiunt communiter DD. ut ex infra citandis constabit. Ratio est aperta, quia laudemium debetur quasi in remunerationem beneficij, quod dominus præstat consentiendo alienationi Emphyteusis, & investiendo, ac mittendo in possessionem novum emphyteutam; ut constat ex dictis initio præcedentis sectionis; ergo ubi alienatio talis est, ut ad illam dictus domini consensus, & investitura postulatur, laudemium solvi debet. 43

Ex qua regula colliges primò, seclusis particularibus statutis, & consuetudinibus locorum, & stando in solo jure communi deberi laudemium ex venditione Emphyteusis, tam simpliciter facta, quàm cum vulgari pacto de retro: item ex datione insolutum: ex datione in dotem æstimatam æstimatione venditionem faciente: ex permutatione: ex donatione, ac denique ex alia quavis alienatione, qua Emphyteusis ab uno in alium transfertur, non ex vi dominicæ concessionis inclusæ in primo contractu emphyteutico, sed ex speciali consensu domini ad eam faciendam requisito; quia in his omnibus dicta regula procedit. Et ita relatis alijs hæc om- 44

nia sparsim tradit Caldas *de extinctione Emphyteusis*, *cap.* 16. *à num.* 20. atque eadem ferè omnia admittit cum alijs Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ord. Lusit. lib.* 4. *tit.* 38. *in principio*, *n.* 58. & Augustin Barbosa *in collectan. ad cap. potuit, de locato, ex num.* 23. qui tamen, *n.* 22. ex Mantica *decis.* 336. *n.* 4. advertit, in dubio, an laudemium debeatur: intelligi, ut non debeatur.

45 Colliges secundò, non deberi laudemium ex venditione conditionali, quādiu non purificatur cōditio, nec ex venditione cum pacto legis cōmissoriæ, vel addictionis in diem, si contractus resolvatur per adventum conditionis in eo pacto apposita, neque ex retrovenditione facta ex vi pacti in ipsa venditione adjecti: neque ex venditione nulla: neque re nondum tradita, neque ex venditione solius usufructus rei emphyteuticæ: neque ex illius hypothecatione: neque ex transactione, nisi res admittatur. Consentiunt in his omnibus Cald. *d. c.* 16. ubi singula eruditè explicat, Emman. Barbosa *in remiss. ad locum supra cit. Ordin. Lusit.* & August. Barb. *in additamentis ad easdem remissiones à n.* 136. qui alios referunt, tradit etiam novissimè relatis alijs Fragos. *tomo* 3. *disp.* 13. §. 2. Ratio generalis est, quia in his contractibus, vel non transfertur Emphyteusis, & ita non datur alienatio, ex qua laudemium propter domini consensum, & novam investituram debeatur: vel licet Emphyteusis transferatur, aut id fit sine novo contractu, & consequenter sine novo consensu domini, ut in retrovenditione ex vi pacti in venditione appositi: aut fit per contractum, qui adveniente aliqua conditione resolvitur, ac si à principio fuisset nullus; cujusmodi est venditio cum pacto legis commissoriæ, vel additionis in diem: & ita in utroque eventu cessat fundamentum, ex quo laudemium deberet solvi.

46 Colliges tertio, laudemium non deberi, quando Emphyteusis transferatur in aliquam personam comprehensam in ipsa concessione emphyteutica: ut si Emphyteusis sit alicui concessa, ac pro ejus filijs, & nepotibus, & iste illam donet, aut aliter transferat in aliquem suum filium, vel nepotem: tunc enim non deberi laudemium meritò docet Cald. *d. cap.* 16. *num.* 41. *&* 26. ubi plures refert. Ratio est aperta, quia ad talem alienationem non oportet requiri consensum domini, neque est necessaria nova investitura: & ita cessat ratio, ob quam laudemium debetur.

Quamvis autem prædicta omnia ita se habeant in generali, saltem secundum veriorem doctrinam, tamen in singulis fermè enumeratis alienationibus, & contractibus peculiares involuntur difficultates, & quæstiones, quas sigillatim explicare necesse est.

Vtrùm debeatur laudemium ex venditione necessaria facta sub hasta, vel alio modo, ad solvendum creditoribus Emphyteutæ?

§. I.

SUMMARIUM.

Communis sententia est non deberi laudemium ex alienatione necessaria. num. 47.

Non deberi laudemium, quando Emphyteusis datur creditori in solutum, nonnulli Doctores asserunt. ibidem.

Contrarium tamen meritò alij affirmant. n. 48.

Quando dicitur non deberi laudemium ex alienatione necessaria, intelligitur de alienatione necessaria simpliciter, etiam in causa. n. 49.

Prima quæstio est, an laudemium debeatur ex vēditione necessaria facta sub hasta, vel etiam authoritate 47

ipsius

ipsius emphyteutæ ad solvendū creditoribus, vel ut eis detur in solutum, eo quod aliàs ei satisfieri non possit? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia cōmunis DD. sententia est non deberi laudemium ex alienatione necessaria: quam sententiā, relatis alijs, tradunt Pinel. *in l. 2. Cod. de rescind. vend. p. 2. cap. 3. n. 42.* Cald. *de extinct. c. 16. n. 61.* Surdus *decis. 305. n. 30.* uterque Barbos. *locis citatis num. 45.* pater *n. 59.* filius *n. 151.* Fragos. *tomo 3. disp. 13. §. 1. n. 8.* cæterique communiter. Et probatur facilè, quia quando leges prohibent alienationem bonorum, semper intelligitur, excepta alienatione necessaria, ut notatur *in l. 1. ff. de fundo dotali, & l. alienationes, ff. familiæ erciscundæ*, cum similibus, & tradunt Decius, Rolandus, & alij apud Cald. *supra num. 22.* ergo quando urget necessitas alienandi Emphyteusim, non est ad id necessarius consensus proprietarij, & consequenter non debetur ei laudemium, cùm cesset causa, propter quam debetur. Et ita non deberi laudemium, quando Emphyteusis datur creditori in solutum, eo quod sit alienatio necessaria, docet in specie Barthol. Baldus, Fulgosus, & Paulus Castrensis *in l. si ideo, ff. de condict. furtiva*, Jason. *in l. finali, quæst. 7. vers. ista decisio, Cod. de jure emphyt.* & alij, quos refert Caldas *d. c. 16. n. 63.*

48 Nihilominus tamen laudemium deberi ex ejusmodi venditione, & datione in solutum docent meritò Tiraq. alios referens *de retract. lignag. §. 1. glos. 14. num. 14.* Cald. *de extinctione Emphyt. cap. 6. num. 5. junct. numero 7. & cap. 16. num. 56. 62. & 64.* Brittus *in cap. potuit, §. 5. num. 13. de locato*, Fragos. *d. §. 1. sub num. 9. vers. attamen utrumque*, ubi resolvit tam laudemium, quā gabellā, & tali venditione deberi, Valasc. *de jure emphyt. q. 38. n. 9. in fin.* resolvens absolutè deberi laudemiū ob alienationē ex causa necessaria, Mol. *disp. 459. n. 59.* & Lara *de anniversar. & capellan. lib. 1. c. 10. à n. 11.* ubi alios refert. Ratio est, quia ejusmodi alienatio, licet in se sit necessaria, utpotè facta de mandato judicis, aut cogentibus creditoribus, tamen est voluntaria in causa, attento initio obligationis, qua emphyteuta se creditoribus obstrinxit: & ideo non debuit dominus propter talem causam privari jure exigendi laudemium: alioqui facilè domini fraudari possent, & via fraudibus aperiretur. Confirmatur *ex l. regia lib. 3. Ord. tit. 93. §. finali*, ubi præcipitur, ut non obstante necessitate talis venditionis factæ judicis authoritate ad satisfaciendum creditoribus, dominus requiratur, an rem velit pro eodem pretio, quo emptori trádenda est, ut fit, quando Emphyteusis liberè venditur: unde eodem modo dominus tunc præstat consensum, & novum emphyteutam laudat, id est, approbat; ac proinde fraudari non debet laudemio, quod pro consensu, & approbatione novi emphyteutæ solvitur. Ex quibus à fortiori colligitur laudemium deberi, quando Emphyteusis datur in solutum, judice non cogente, ut bene, relatis pluribus, Fragos. *dicto §. 1. sub num. 17.*

Et hinc patet responsio ad rationem dubitandi pro contraria sententia; quæ 49
solum probat non deberi laudemium quando alienatio est simpliciter necessaria; etiam in causa, ut quando res alienatur ex dispositione legis obligantis rem alienare independenter à libero facto, aut prævio aliquo consensu emphyteutæ, ut optime, relatis alijs, declarant Cald. *d. c. 6. n. 9.* & Brittus *ubi sup.* ponens exemplum in alienatione ex cōfiscatione, vel præscriptione; & facit, quod notat August. Barb. *in additam. ad remiss. super Ord. regiam, num. 151.* ubi ex Camillo Borrellio *in sum. decis. tit. 35. num. 44. cum seqq.* tradit non deberi laudemiū ex alienatione ob causam necessariam, subdeclarans ex eodem Authore, necessarias causas esse

verbì gratia, religionis, aut libertatis favorem, ædificia publica, veluti pro studijs generalibus, & similia, quæ ad urbis decus, vel ad publicum usum pertinent: quod etiam notavit Fragos. *loco supra cit. & num.* 9. ubi alias quoque assignat causas necessarias excusantes à laudemio.

An debeatur laudemium, quando res fuit vendita, & tradita, pretium tamen non est solutum?

§. II.

SVMMARIVM.

Quando res fuit vendita, & tradita, pretium verò non est solutum, debetur laudemium, si à venditore habita fuit fides de pretio sibi solvendo: secus autem, si non fuit habita fides de illo, n. 50.

Emphyteuta, qui domino irrequisito rem vendidit, & tradidit, non incidit in commissum, si pretium ei solutum non est, nec habita fides de illo solvendo. ibidem.

Quando aliquis rem vendit, & tradit non accepto statim pretio, præsumitur rem tradere sub specie futuræ solutionis, non autem sub fide de pretio, nisi id exprimat, aut satis aliunde constet. n. 51.

50 SEcunda quæstio est, utrùm debeatur laudemium, quandò res fuit vendita, & tradita, pretium tamen solutum non est? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia ante traditionem rei non debetur laudemium, ut supra notavimus, & probat bene Caldas *de extinctione Emphyteusis, cap.* 16. *num.* 45, ergo etiã non debetur, quandò non est solutum pretium; cum pretij solutio non minus ad perfectioné venditionis spectet, quàm rei traditio. Distinguendum tamen hac in re est; dicendumque, si res est tradita, habita fide à venditore de pretio ei postea solvendo, laudemium deberi: secus autem si fides de pretio habita non est. Prior pars patet, quia per venditionem accedente traditione, & fide habita de pretio, transfertur dominium, & datur vera alienatio, ad quam consensus domini requiritur, & consequenter laudemium debetur. Alia pars probatur, quia licet res tradatur, si non solvatur pretium, nec habeatur fides de illo solvendo, non transfertur dominium, etiam si venditio absolutè, & purè celebrata sit. §. *venditæ, Instit. de rerum divisione, l. quoties, Cod. de rei vendicat, Ordinationes Lusitanæ lib.* 4. *tit.* 5. §. 1. quandiu autem non transfertur dominium, non datur alienatio, ad quam domini consensus requiritur. Unde Cald. *de extinct. Emphytensis, c.* 7. *n.* 11. rectè colligit emphyteutam, qui domino irrequisito rem vendidit, & tradidit, non incidere in commissum, si pretium ei solutum non est, nec fides de illo habita: ergo tunc etiam non debetur domino laudemium, siquidem deest adhuc fundamentum, ex quo debetur, nempe translatio Emphyteusis, de consensu domini, ob quam laudemium solvitur, *l. ult. Cod. de jure emphyt.*

Nec dicas eo ipso, quòd venditor rem tradit, non accepto statim pretio, videri eum habere fidem emptori de illo postea solvendo; & consequenter statim transferri dominium, ac laudemium deberi. Oppositum namque est verum; quia, ut optimè declarat Caldas *proximè citatus n.* 12. *& seqq.* & latius decimus *disp.* 8. *sect.* 3. *n.* 43. quando aliquis rem simpliciter vendit, & tradit, non accepto statim pretio, præsumitur rem tradere sub spe futuræ solutionis, & non sub fide de pretio, nisi id exprimat, aut satis aliunde constet, quia naturæ venditionis nihil magis consentaneum est, quam ut pretium debeat statim solvi, adeo ut interpel- 51

terpellatione opus non sit ad hoc, ut emptor pretium non solvens in mora constituatur. Neque verisimile est voluisse venditorem re sua carere pretio non soluto, *l. cum de indebito, ff. de probat. l. non est verisimile, ff. quod metus causa, cap. quia verisimile, de præscript.* Idque satis probat textus *in d. §. venditæ, & Ord. Lusit. d. tit. 5. §. 1.*

Vtrùm rescissa venditione Emphyteusis ob læsionem in ea contingentem debeatur laudemium, repetive possit, si jam erat solutum?

§. III.

SUMMARIUM.

Rescissa venditione per remedium l. 2. Cod. de rescind. vendit. tenetur dominus restituere laudemium sibi jam solutum: & idem est, quando venditio rescinderetur per beneficium restitutionis in integrum, vel per actionem redhibitoriam. n. 52.

In his tamen casibus non repetitur gabella, seu tributum, quod fisco fuerat solutum. ibidem.

Non debetur laudemium ex alienatione, quæ ex post facto annullatur, si ex causa de præterito, vel ad non venditionem reddücatur. eodem n. 52.

Vtrùm conventus in casu d. l. 2. Cod. de rescind. vendit, possit repetere, non solum quod solvit actori, sed etiam quod solvit domino directo, vel alteri tertio? n. 53.

Ex alienatione nulliter facta non debetur laudemium, & si solutum sit, potest repeti. sub eodem n. 53.

Similiter, si venditio declaretur nulla, non debetur gabella, & potest repeti, si soluta sit. ibidem.

Si lis inter contrahentes moveatur, & tandem per sententiam Emphyteusis declaretur nulla, an id noceat domino directo quoad restitutionem laudemij. n. 54.

Quando lis est acta cum eo, ad quem negotium principaliter pertinebat, nocet sententia etiam ijs, quos negotium minus principaliter tangit. ibid.

Quando conventus ob læsiones ultra dimidium, quæ in venditione emphyteusis contigit, eligit reduci pretium ad æqualitatem, debet etiam laudemium reduci proportionaliter ad eandem æqualitatem. Quod etiam locum habet, saltem pro foro conscientiæ, quamvis læsio non fuerit ultra dimidium. sub eodem n. 54.

Tertia quæstio est, utrùm rescissa venditione Emphyteusis ob læsionem in ea contingentem, ultra dimidium justi pretij, & debeatur laudemium domino, repetive possit, si jam ei erat solutum? Tractat hanc quæstionem Pinelus *in l. 2. C. de rescind. vend. p. 2. c. 3. n. 35. & 37.* ubi ex Carolo Molineo, & alijs ab eo relatis, *1. p. de consuetudine Parisiensi, §. 22. n. 18. in fine, & n. 40. cum seqq.* tradit, rescisso contractu per remedium *d. l. 2. C. de rescin. vendit.* debere dominum restituere laudemium sibi solutum: idemque docet, quando venditio rescinditur per beneficium restitutionis in integrum, & quando rescinditur per actionem redhibitoriam. Qua in re notant ijdem Doctores non valere argumentum à gabella, seu tributo publico ad laudemium, seu tributum privatum; nam sive per remedium *d. l. 2.* sive per actionem redhibitoriam venditio rescindatur, non repetitur à fisco tributum ei solutum: cujus differentiæ rationem assignat idem Molineus. Principalis verò resolutio quæstioni respondens ea ratione mihi probatur; quia per remedium *d. l. 2.* ita contractus rescinditur, ac si à principio fuisset nullus, ob vitium, cum quo celebratus est, ut alibi ostendimus 52

dimus: contractus autem sic rescissus habetur pro infecto, atque adeo tollitur fundamentum, ex quo laudemiũ deberetur: & ita, si jam erat solutum, reddi debet. Quod etiam bene advertit Caldas *de extinct. Emphyteusis*, *cap.* 16. *n.* 68. docens generaliter non deberi laudemium ex alienatione, quæ ex post facto annullatur, si modo annulletur ex causa de præterito, vel ad non venditionem reducatur.

53 Si autem quæras, utrùm conventus in casu *d. l.* 2. possit repetere ab agente non solùm quod solvit ipsi agenti, sed etiam, quod solvit domino directo, vel alteri tertio? Variè respondent Doctores apud Pinelum *supra n.* 37. & 38. Ipse tamen partem affirmativam magis videtur probare tanquam receptiorem; pro qua facit, quod in actione redhibitoria jure constitutum est, ut utrinque omnia restituantur. *l. facta* 60. *l. cum autem*, 23. *§. Julianus*, & *§. cum redhiberetur*, *ff. de Æditio edicto.* Unde Ulpianus *in l. debet*, 27. *ff. eodem*; speciatim tradit, emptori redhibenti non solùm restituendum fore pretium, quod venditori dedit, sed etiam quod vectigalis nomine solvit, vel alterius oneris non voluntarij: ex quo textu receptum videtur, ut retrahens rem venditã solvere debeat emptori quidquid emptor fisco, vel domino directo solverat, & si quid aliud emptionis causa erogaverat, ut tradit Tiraquel. *de retract. lignagier. §.* 26. *gloss.* 4. *num.* 1. *cum seqq.* & *de retractu convent. §.* 6. *gloss.* 2. *n.* 1. *cum seqq.* & *n.* 20. & 21. Quin etiam addit Pinelus *n.* 39. consultius esse, ut conventus in casu *d. l.* 2. excipiat adversus agentem, eique imputet prædictas erogationes, quando jus habet ut sibi resarciantur, & non expectet eas postea à tertio repetere, juxta *l.* 3. *ff. de compensationibus.*

Ex quibus à fortiori colliges ex alienatione nulliter facta laudemium non deberi: & si jam solutum sit, restitui debere à domino, ut bene, relatis alijs, notat Caldas *d. cap.* 16. *n.* 67. & 69. Quod enim nullum est, nullum producit effectum: & quod ob aliquam causam solutum est, si causa non subsistit, vel ad non causam reducitur, restitui debet. Vnde monet etiam Pinelus *d. n.* 35. *in fine*, si venditio declaretur nulla, non deberi ex ea gabellam, &, si hæc soluta sit, teneri fiscum eam reddere, juxta communem Doctorum sententiam.

Illud tamen pro praxi utiliter dubitari potest, si inter contrahentes moveatur lis, & tandem per sententiam alienatio Emphyteusis declaretur nulla, an domino directo id noceat, quo ad restitutionem laudemij? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia licet vt judicium procedat, satis sit illud agitari cum eo, cuius principaliter interest, tamen ut alicui tertio præjudicet, necessaria est illius citatio, per regulam *l. de unoquoque ff. de re judicata*, Alexand. *ibidem*, *in fine*, Bartholum *in l. decem*, & ibi Jasonem, *ff. de verborum obligat.* Baldum *l. ea*, *quæ*, *Cod. quomodo*, & *quando judex*, & alios. Vnde nisi citatus sit, non tenetur appellare, etiam si sciverit litem agi. Paulus *in l. cum filiusfam. heres*, *ff. de legatis*, 1. & Decius *in l. penult. Cod. de edendo.* Dicendum tamen hac in re videtur cum Carolo Molineo 1. *p. consuetudinis Parisiensis*, *§.* 22. *n.* 34. quem sequitur Caldas *d. cap.* 26. *n.* 70. si sententia est voluntaria, vel ob contumaciam lata, non dare jus contra dominum: secus autem si est lata in judicio contradictorio, & causa plenè cognita; quia tunc res acta est cum legitimo contradictore, ad quem negotium principaliter pertinebat: quando autem lis est acta cum eo ad quem negotium principaliter pertinebat, nocet sententia etiam ijs, quos negotium minus principaliter tangit, quia eorum jus pendet à jure agentis; quod probat textus *in l. ex contractu*, & *l. sæpe*, *ff. de re judicata*, & declarat latè referens alios Gabr. Pereira *decis* 65. quæ primo 54

mo loco hoc numero notatur *num.* 1. Unde contra neutram partem dominus audietur, sive appellando, sive alia via se opponendo, nisi collusionem in facto opponat, & probare offerat. Addunt tamen Molineus, & Caldas *supra* posse dominum lite pendente, & quemlibet alium, cujus interest, liti assistere, ne forte litigantes colludant, & causam pro suo interesse defendere allegando, & probando. Et ita etiam docet Britus *in cap. potuit*, §. 5. *n.* 12. *ad finem*, *de locato.*

Sed quid, si conventus ob læsionem ultra dimidimm justi non eligat rescindi venditionem Emphyteusis, sed pretium ad æqualitatem reducat? Respondetur, si læsio contigisset ex parte venditoris, emptorque illi suppleat, quod ad justum pretium defuit, deberi domino laudemium respondens illi pretij supplemento, ut bene cum alijs tradit Caldas *de extinct.* c. 16. *n.* 6. nam quemadmodum è toto pretio debetur laudemium, sic etiam debetur è parte, ut per se constat: & confirmatur; nam supplementum sequitur naturam ejus, quod complet, *l. inter socerum*, *vers. cum inter*, *ff. de pactis dotalibus*, ibi, *nec separabitur portio dotis additamenti causa datæ*, *l. etiam*, *ff. de jure dotium*, & *Authentica*, *æqualitas*, *Cod. de pactis conventis*, ibi, *augmentum quoque.* Per quæ jura tradita resolutio est indubitata. Idemque dicendum, saltem in foro conscientiæ, quamvis læsio non fuerit ultra dimidium: nam tunc etiam in conscientia, tenetur emptor pretium supplere, & de tali supplemento laudemium debetur ob easdem rationes. Si autem læsio contigisset ex parte emptoris, cui venditor eligat reddere, quod ultra justum ab eo accepit, tunc argumento à contrario tenetur dominus restituere laudemium respondens illi pretij augmento, quod venditor reddit, aut reddere tenetur; quia injustè illud accepit.

Vtrùm ex venditione cum pacto de retrovendendo debeatur laudemium, vel solutum repeti possit, si virtute illius pacti venditio rescindatur?

§. IV.

SVMMARIVM.

Pactum de retrovendendo apponi potest, vel verbis directis, vel verbis obliquis, & quando hoc, vel illo modo apponi censeatur? n. 55.

Quando Emphyteusis fuit vendita cum pacto de retrovendendo apposito verbis directis, & ex vi talis pacti resolvitur, non debetur ex ea laudemium, & si jam solutum sit, restitui debet. Secus autem, si pactum appositum sit verbis obliquis, eodem n. 55.

Et idem cum proportione dicendum in gabella, ibidem.

Ex revenditione facta ex vi prædicti pacti, & jam verbis obliquis appositi, non debetur laudemium, dummodo pactum fuerit appositum in continenti: secus autem, si fuit appositum ex intervallo, post venditionem simpliciter celebratam, & consummatam. n. 56.

Quando contrahentes sua privata authoritate rescindunt venditionem Emphyteusis antea perfectam, & traditione consummatam, requiritur novus consensus domini, & novum laudemium debetur: & cur non idem dicendum sit, quando rescinditur authoritate judicis per remedium l. 2. Cod. de rescind. vendit? n. 57.

QUarta quæstio est, utrũ ex venditione cum pacto de retrovendendo laudemiũ debeatur, vel solutum repeti possit, si postea virtute illius pacti venditio resolvatur? Ut respondeam adverto, duplíciter posse 55

apponi

apponi pactum de retro: vel verbis directis, ut aiunt; quod fit, quando pactum est, ut reddito pretio emptori res habeatur pro non empta, seu venditio pro non facta: vel verbis obliquis; quod fit, quando dicitur, ut reddito pretio emptori, venditio dissolvatur, aut res venditori restituatur, vel quid simile. Hoc posito, si in venditione fuit appositum pactum de retro verbis directis, & ex vi talis pacti resolvitur, non debetur ex ea laudemium, & si jam solutum sit, restitui debet: secus autem, si pactum fuisset appositum verbis obliquis. Prior pars probatur, quia in primo eventu resolvitur venditio sub conditione, & perinde se habet, ac si nunquam fuisset facta: unde nihil ex ea debetur. Ex quo fundamento docent Lassarte *de decima*, *c.* 14. *n.* 19. Mol. *tomo* 2. *de justitia*, *disp.* 368. *num.* 14. & communis sententia, non deberi ex tali venditione decimam: à qua valet argumentum ad laudemiũ. Alia pars traditur in specie à Caldas *de extinct. c.* 16. *n.* 54. Pinelo *in l.* 2. *C. de rescind. vendit. p.* 2. *c.* 3. *num.* 36. & Barbosa *in remiss. ad Ord. Lusit. lib.* 4. *tit.* 38. *in princip. n.* 58. *fine*, qui alios referunt. Et in simili de gabella idem docet Lassarte, & Mol. *supra*. Ratio est, quia tunc non resolvitur venditio sub conditione, & quasi nunquam fuerit, sed tantùm ab ea receditur ex partim consensu, quod non tollit jus, quod dominus ad laudemium acquisierat; & ideo illi solvi debet, nec solutum repeti potest, venditione ex vi talis pacti resoluta.

56 Quin etiam non desunt, qui sentiant etiam ex ipsa revenditione facta virtute talis pacti aliud laudemium deberi, ut videre est apud Cald. *d. c.* 16. *n.* 55. quia talis revenditio videtur continere novum contractum, quo à primo receditur. Nihilominus tamen non deberi ex ea laudemium, tenet communis Doctorum sententia, quam multis relatis tradit idem Caldas *n.* 52. & sequitur *num.* 57. Pinelus *d. n.* 36. Barbosa *in remiss. ad locum supra citatum Ordin. num.* 59. Brittus *in cap. potuit*, §. 5. *n.* 12. *de locato*, & Fragos. *tomo* 3. *disput.* 12. §. 1. *num.* 13. Quod probant primò, quia talis revenditio fit necessariò, utpotè ex vi præcedentis pacti: ex alienatione autem necessaria non debetur laudemium. Hæc tamen ratio non est solida; siquidem pactum ipsum fuit voluntarium: & consequenter ipsa etiam revenditio ex vi illius facta voluntaria censeri debet. Secundò ergo, & melius probant destruendo fundamentum contrariæ sententiæ; quia ejusmodi revenditio non est novus contractus, sed tantùm resolutio prioris: unde non censetur nova alienatio, ex qua novum laudemium debeatur. Quod si pactum retrovenditionis apponeretur ex intervallo post venditionem simpliciter celebratam, & perfectam, id est consummatam, tunc novus esset contractus, novaque alienatio: & novum proinde laudemium deberetur; ut bene advertunt Caldas *d. n.* 57. Pinelus plures referens *d. num.* 36. *vers. secus in resolutione voluntaria*, Brittus *supra*, ubi alios etiam adducit, & Fragos. *sub d. n.* 13. Atque idem dicendum, licèt tale pactum apponeretur verbis directis: nam cùm venditio jam esset perfecta, & consummata, quacunque verborum forma contrahentes postea circa illam paciscantur, & ab ea recedant, novus fit contractus, & nova alienatio, ex qua novum debetur laudemium, ut bene Follerius, quem citat, & sequitur Caldas *d. n.* 57.

Unde illud etiam hic venit notandum ex Pinelo *d. c.* 3. *n.* 42. quod licèt 57 non requiratur novus domini consensus, nec laudemium debeatur, quando quis utens remedio *l.* 2. *Cod. de rescind. vendit.* recuperat Emphyteusim à se venditam: tamen aliter se res habet, quando post traditionem, & omnimodam perfectionem alienationis, ipsi cõtrahentes venditionem rescinderent, & Em-

& Emphyteusis venditori restitueretur, quia tunc nova revera fit alienatio; sicut quando venditio rescinditur ex pacto de retrovendendo apposito ex intervallo post venditionem perfectam, & consummatam, & ideo novus domini consensus requiritur, novumque laudemium solvendum est, juxta *l. finalem, Cod. de jure Emphyt.* Si autem petas, cur non idem dicendum sit, quãdo Emphyteusis recuperatur rescissa venditione per remedium *d. l. 2?* Respondetur facilè, rationem esse, quia in eò eventu judex publica authoritate rescindit venditionem, quasi à principio fuisset nulla, & consequenter quasi res semper fuerit sub dominio venditoris; quod ipsi contrahentes propria authoritate efficere non possunt: unde neque ex ipsa venditione, neque ex recuperatione quidquam debetur, cum posita tali rescissione, perinde se res habeat, ac si neque venderetur, neque recuperaretur.

Vtrùm debeatur laudemium, quando quis vendit actionem ad petendam Emphyteusim?

§. V.

SUMMARIUM.

Resolvitur quæstio negativè. n. 58.

Qui vendit actionem ad rem, non vendit verè ipsam rem, sed aliquid inferius, & minus. n. 59.

Exactio laudemij non recipit extensionem ad venditionem fictam. ibidem.

Emens actionem ad Emphyteusim, qui re ipsa Emphyteusim obtinuerit, laudemium solvere debet. n. 60.

Si Emphyteuta emeret actionem, quam alter haberet ad illum excludendum, volens per hoc se liberare à molestia litis, non deberetur in eo casu laudemium. ibid.

Unde etiam non debet laudemium Emphyteuta qui per viam transactionis extinguit actionem adversarij Emphyteusim, ut sibi debitam, postulantis. eodem num. 60.

Quinta quæstio est, utrùm debeatur laudemium, quando quis vendit actionem, quam habebat ad petendam Emphyteusim? 58
Agit hac de re latè Caldas *de extinct. Emphyteusis, cap. 16. à num. 74.* Breviter tamen juxta illum, & alios, quos refert, dicendum ex venditione talis actionis laudemium non deberi, ut etiam, relatis alijs, tradit Fragos. *tomo 3. disp. 13. §. 1. n. 16.* Ratio est, quia per solam venditionem, & translationem hujus actionis non transfertur re ipsa Emphyteusis, sed tantùm jus ad illam; laudemium autem solùm debetur ex vera, & reali translatione Emphyteusis, ut ex dictis constat, & patet *ex l. ult. Cod. de jure emphyt.* ubi solùm pro translatione Emphyteusis domino consentiente laudemium jubetur solvi; quæ dispositio, cùm sit exorbitans, strictè interpretanda est, nec ultra casum expressum extendenda.

Unde si opponas actionem ad rem sequi naturam ipsius rei, *l. si ad resolvendam, Cod. de prædijs minorum*, Glossa, Bartholus, Baldus, & Angelus *in l. 1. Cod. si adversus translationem:* & qui habet actionem ad rem censeri habere ipsam rem *l. qui actionem, ff. de regulis juris*; ergo idem censeri vendere actionem ad Emphyteusim, atque vendere ipsam Emphyteusim; & consequenter quemadmodum ex venditione Emphyteusis debetur laudemium, sic etiam deberi ex venditione actionis ad illam. Respondetur facilè negando ultimam consequentiam; quia quæ in antecedenti adducuntur procedunt per fictionem; hac enim seclusa, qui vendit actionem ad rem, non vendit verè ipsam rem, sed aliquid inferius, & minus, *l. minus, ff. de regulis juris,* 59

juris, ibi, *minus est actionem habere, quam rem*: exactio autem laudemij, cùm sit odiosa, & restituenda, non recipit extentionem ad venditionem fictam, seu interpretativam Emphyteusis, sed ad veram, & realem ejus translationem restringitur.

60 Adverte autem, quòd licèt ex venditione, & translatione actionis ad Emphyteusim, laudemium non debeatur, & ideo qui talem actionem emit, possit eam alteri vendere, & hic alteri in infinitum, quin debeatur laudemium: tamen ultimus emptor, qui Emphyteusim re ipsa obtinuerit, laudemium debet, ut bene cum Carolo Molineo tradit Caldas *dicto cap.* 16. *num.* 78. quia tunc Emphyteusis verè transfertur, & manum mutat, nullaque est ratio, cur laudemium solvi non debeat. Si autem ipse Emphyteuta emeret actionem, quam alter adversus eum haberet, volens, per hoc se liberare à molestia litis, quam alter ei posset inferre, tunc laudemium non deberetur; quia Emphyteusis manum non mutat. Ex quo fundamento docent communiter Doctores, quos latè refert eos sequens Caldas *dicto cap.* 16. *num.* 49. non deberi laudemium, quando per viam transfactionis extinguit actionem adversarij Emphyteusim tanquam sibi debitam postulantis; quia per hoc non transfertur Emphyteusis, nec novus constituitur Emphyteuta, erga quem domini consensus sit necessarius, aut nova ivrestitura. Cæterùm plenior doctrina circa transfactionem inferius traditur, & ex ibi dicendis melius prædicta intelligentur.

Quid si Emphyteusis ematur credito, & ubi tradita est, transferatur in alium, qui pretium primo venditori solvit?

§. VI.

SUMMARIUM.

Qui Emphyteusim sic emit, & statim transfert, laudemium non debet. n. 61.

Qui Emphyteusim alienat absque consensu domini, non incidit in commissum, si in continenti post perfectam alienationem Emphyteusim recuperat. ibidem.

Sexta quæstio est; utrùm debeat laudemium, qui Emphyteusim credito emit, & statim, ubi sibi tradita est, eam vendit, & tradit alteri, qui pretium primo venditori solvit? Respondet negativè Caldas *dict. c.* 16. *num.* 79. *& sq.* cum Carolo Molineo, quem ibi refert. Quia licet duplex hic interveniat venditio perfecta, & consequenter duplex videatur debere laudemium, unum à primo emptore, aliud à secundo, tamen cùm prima venditio, & traditio fuerit ad momentum, habetur moraliter, quasi non esset; & ideo attendi non debet, ut laudemium ex ea solvatur. Confirmatur, nam quamvis alienans Emphyteusim absque consensu domini in commissum incidat, tamen si in continenti post alienationem perfectam Emphyteusim recuperet, à commisso excusatur, ut, multis relatis Doctoribus, tradit idem Caldas *de extinct. cap.* 7. *num.* 5. 5. Cujus ea est ratio; quia talis alienatio, cùm non duraverit, in consideratione non est; unde neque etiam laudemium ex ea debetur. Quod similiter in nostro casu procedit. 61

Vtrùm

Vtrùm ex permutatione debeatur laudemium?

§. VII.

SUMMARIUM.

Negant aliqui deberi laudemium ex permutatione Emphyteusis. n. 62.
Si autem pro Emphyteusi detur res alia, & simul pecunia superans, vel aequans aestimationem illius rei, sentiunt deberi laudemium pro rata pecuniae: secus autem si valor rei pecuniam superet. ibidem.

Quando Authores praedicta sententiae negant deberi laudemium ex permutatione, intelligunt de permutatione, qua pro Emphyteusi datur res non consistens in quantitate. eodem. n. 62.

Verior sententia est deberi simpliciter laudemium ex permutatione, idque tam spectato jure communi, quàm Lusitano. num. 63.

62 SEptima quaestio est, utrùm ex permutatione debeatur laudemium? Respondent negativè Guido Pape, Boerius, Tiraquelus, & alij, quos refert Caldas *de extinctione cap. 16. num. 42. & 44.* & idem, alijs relatis, tradunt Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordinat. Lusit. lib. 4. tit. 38. in principio, num 59.* Augustinus Barbosa *in additamentis ad easdem remissiones, num. 143. & in collectan. ad cap. potuit, de locato num. 41.* & Brittus *eodem cap. potuit, §. 5. num. 6.* Fundamentum horum Authorum videtur esse, quia laudemium debetur ex pretio, seu est quaedam pars pterij, quo Emphyteusis alienatur: in permutatione autem non datur pretium, sed res alia, quae cum re emphyteutica permutatur. Quod si pro re emphyteutica detur res alia, & simul pecunia, distinguunt Authores hujus sententiae, quos referunt Caldas *dicto num. 44.* Augustinns Barbosa *dicto num. 143.* & Brittus eos sequens *num. 8* dicuntque, si pecunia superet aestimationem illius rei, quae simul datur, esse venditionem, & deberi laudemium pro rata pecuniae. Si autem valor talis rei pecuniam superet, esse permutationem, & laudemium non deberi: si denique res sit aequalis valoris cum pecunia, esse contractum mixtum ex permutatione, & venditione, & deberi ex eo laudemium, quatenus venditio est, pro rata pecuniae, quamvis circa hoc ultimum variat Brittus *dicto num. 8. fine*, Praeterea quando citati Doctores dicunt non deberi laudemium ex permutatione, intelligunt de permutatione, qua pro Emphyteusi datur res aliqua non consistens in quantitate, id est, in pondere, numero, aut mensura, ut videre est apud Caldas *dicto num. 44.* Augustinum Barbosam *dicto n. 143.* & Brittum *d. §. 1. n. 7.*

Verior nihilominus sententia affirmat, deberi laudemium ex permutatione. Hanc tradit Gregorius Lopes *in l. ultima, tit. 8. partita 5. verbo, La venda*, post Jasonem, *in l. ultima, num. 101. fine, Cod. de jure emphyteutico*: Sequitur Azor *parte 3. lib. 10. de Emphyteusi, cap. 8. sub q. 5.* Molina *disp. 461. num. 1.* ubi dicit ita omnes sentire, & Fragos. *tomo 3. disp. 13. §. 2. num. 11.* esseque procul dubio veriorem affirmat Caldas *dicto cap. 16. num. 43.* ubi alios pro ea refert. Sumitur apertè ex *dicta l. ultima*, ubi Imperator dicit, quando Emphyteusis transfertur, solvendam esse pro laudemio quinquagesimam partem pretij, vel aestimationis illius, significans manifestè non solùm deberi laudemium, quando Emphyteusis pretio transfertur, sed etiam quando sine pretio: in quo eventu jubet eam aestimari, & solvi domino partem quinquagesimam aestimationis; 63

um etiam ex jure Lusitano *lib.* 4. *Ord. tit.* 38. *in principio*, ibi, *Entam à poderà vender, ou escambar*, id est, permutare, *& pagarà ao senhorio à quarentena, ou o conteudo em seu contrato*: præterea eodem loco eximitur nuncupatim à laudemio sol vendo, qui Emphyteusim donat, aut in dotem dat; qua exceptione regula in contrarium firmatur, & omnes aliter alienantes laudemio onerantur: unde Brit. *dicto* §. 5. *num*. 9. ingenuè fatetur priorem sententiam, quam sequitur, non procedere spectato jure Lusitano. Ratio verò hujus sententiæ est, quia ad transferendam Emphyteusim via permutationis requiritur novus domini consensus, & nova investitura: laudemium autem propter talem consensum, & investituram debetur, ut ex dictis constat. Et ex his patet responsio ad fundamentum contrariæ sententiæ.

Vtrùm debeatur laudemium, quando cohæredes, vel comparticipes Emphyteusis inter se dividunt, vel alienant rem emphyteuticam?

§. VIII.

SVMMARIVM.

Res emphyteutica est divisibilis, realiter, seu per regiones. n. 64.

Iure autem Lusitano oppositum decernitur, solùmque admittitur, ut Emphyteusis perpetua dividi possit per æstimationem: & præscribitur, quomodò id faciendum sit. ibidem.

In regione Inter amnensi antiqua consuetudine introductum est, ut ibi Emphyteuses realiter dividantur inter cohæredes: Idemque in alijs quibusdam hujus regni partibus observatur. eodem n. 64.

Vbi observatur Ordinatio Lusitana, quæ solùm admittit divisionem rei emphyteuticæ per æstimationem, non debetur laudemium, quando uni ex cohæredibus tota Emphyteusis juxta dictam Ordinationem adjudicatur, cæteris cohæredibus illi vendentibus, aut remittentibus suas partes. n. 65.

Etiam ubi Emphyteusis est realiter divisibilis, non debetur laudemium, quando sic dividitur inter eos, ad quos pro indiviso spectabat, etiam si tales coemphyteutæ sint inter se extranei. n. 66.

Ad divisionem Emphyteusis inter coemphyteutas non requiritur consensus domini. ibidem.

An debeatur laudemium, quando Emphyteusis dividitur inæqualiter inter coemphyteutas, ad quos pro partibus æqualibus spectabat? n. 67. *remissivè.*

An debeatur laudemium ex alienatione, qua comparticipes ejusdem Emphyteusis suas partes inter se alienant? Respondetur cum distinctione. num. 68. *&* 69.

Octava quæstio est, utrùm debeatur laudemium, quando cohæredes, aut comparticipes Emphyteusis inter se dividunt, aut alienant rem emphyteuticam? In qua quæstione suppono rem emphyteuticam esse divisibilem realiter, seu per regiones, ut constat *ex l. item prædia, ff. familiæ erciscun.* ubi Doctores, & *ex l. item videndum, §. ultimo*, ubi Bartholus *ff. de petitione hæreditatis*, & tradunt Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis, quæst.* 14. Valascus *de jure emphyteutico, quæst.* 38. *num.* 11. *& consultat.* 53. *num.* 1. *& de partitionibus. cap.* 25. *num.* 1. Cald. *de nominatione Emphyteusis, quæst.* 24. *n.* 14. *& de extinctione cap.* 8. *num.* 14. quamvis *num.* 17. dubitet, & more suo reluctetur Mol. *disp.* 460. *num.* 1. & alij communiter. Jure autem Lusitano *lib.* 4. *Ord. tit.* 96. §. 23. oppositum decernitur, solumq; admittitur, ut Emphyteusis 64

perpe-

perpetua dividi possit per æstimationem. Vnde quando ejusmodi Emphyteusis ad plures hæredes pervenerit, jubetur ibidem, ut intra sex menses addicatur, id est, adjudicetur uni eorum, quem cæteri, aut maior pars elegerant; isque illi solvat æstimationem partium eos contingentem: & si de hoc inter eos non conveniat, vendatur Emphyteusis, requisito prius domino, & pretium inter illos dividatur: quod si neutrum fecerint intra dictum semestre, Emphyteusis ad dominum devolvatur, si eam sibi velit. Hæc tamen lex multis jam abhinc annis non observatur in regione, quæ inter Durium, & Minium sita est, testibus Gama *decision.* 78. *&* *decis.* 268. *numer.* 2. Valascus *de partitionibus*, *cap.* 25. *num.* 31. Caldas *de extinctione cap.* 8. *numero* 18. & Molina *dicta disput.* 460. *num.* 2. *in fine*, qui testatur in ea regione, antiqua consuetudine receptum esse, ut Emphyteuses inter hæredes emphyteutæ defuncti per regiones dividatur. Id, quod in alijs etiam hujus regni partibus in usu esse audio. Solet tamen fieri encapitatio in uno, à quo dominus integram pensionem exigit, cæteris ei contribuentibus, quod loco eorum solvit.

65 His positis, prior quæstionis pars circa Emphyteusis divisionem, locum non habet, ubi dicta lex regia urget: cùm solùm admittat divisionem Emphyteusis per æstimationem, quæ re ipsa non est divisio Emphyteusis, sed pretij, locum laudemio ex causa divisionis rei emphyteuticæ non relinquit. Alia etiam pars de alienatione Emphyteusis inter cohæredes nullam fermè habet difficultatem, ubi eadem lex regia observatur. Certum enim videtur, quando juxta dispositionem hujus legis uni ex cohæredibus tota Emphyteusis adjudicatur, alijs ei vendentibus, aut remittentibus suas partes, cum nulla realis divisio præcesserit, laudemium non deberi, ut bene docent Valascus *cap.* 25. *de partition. num.* 29. Caldas *de extinctione*, *cap.* 16. *num.* 32. & Mol. *dicta disp* 460. *num. ultimo.* Ratio est, quia illa adjudicatio fit necessariò, cogente scilicet dicta lege: ex alienatione autem necessaria non debetur laudemium; ut tenet communis sententia, & constat ex dictis supra §. 1. tunc etiam, quia hæc alienatio fit in unum ex vocatis ad successionem Emphyteusis: quando autem Emphyteusis transfertur in aliquem vocatum, & comprehensum in ejus concessione laudemium non debetur, nec novus domini consensus requiritur, *ut supra in principio hujus sect. num.* 46. probatum est. Vnde seclusa etiam dicta l. regia, vera est tradicta resolutio, quidquid in contrarium sentiat Brittus *in cap. potuit*, §. 5. *n.* 14. *de locato.* Quod ex alio etiam fundamento probat cum Bartholo, & alij Valasc. *supra.* contra Ripam, Capel. Tolosan. & Tiraquel. Addit verò Caldas *n.* 33. si inter dictos cohæredes non conveniat, penes quem Emphyteusis remansura sit ideoque venum exponatur juxta dispositionem d. legis Lusitanæ, tunc si aliquis eorum eam emerit, solvere debere laudemium pro partibus, quæ ad alios pertinebant; quia emit tamquam extraneus: & in hanc sententiam adducit Carolum Molineum. Ea tamen mihi videtur parum probabilis; quia ut omittam hanc alienationem esse necessariam, & in personam vocatam ad Emphyteusim, non bene capio, quomodo emat tamquam extraneus, cùm solùm emat partes, quæ ad alios cohæredes pro indiviso spectabant, quod extraneus non faceret.

Pro locis autem, ubi secundùm jus commune, aut ex recepta consuetudine Emphyteusis realiter dividi potest, continet proposita quæstio peculiares difficultates. Quod tamen attinet ad primam ejus partem 66

de divisione inter coemphyteutas, citra controversiam videtur non deberi ex tali divisione laudemium, ut, relatis alijs, tradit Surdus *decis.* 305. *num.* 29. & 30. ubi declarat hoc procedere non solùm, quando plures fratres dividunt inter se rem emphyteuticam, sed etiam quando id faciunt plures emphyteutæ extranei, id quod etiam probat Caldas *de extinctione*, *cap.* 16. *num.* 31. cum Gabriele *consil.* 84. *num.* 7. pluresque in hanc sententiam quo ad divisionem inter hæredes refert Augustinus Barbosa in *additionibus ad remissiones libro* 4. *Ordinat. Regia*, *num.* 136. & *in collectan. ad cap. potuit de locato*, *num.* 36. Ratio est, quia licet rei communis divisio sit quædam alienatio, ut ostendit Caldas *de extinctione*, *cap.* 8. *numero* 7. & constat satis *ex l. de divisione*, *Cod. communia utriusque prædij*, ibi, *divisio emptionis vicem obtinet*: attamen in præsenti est necessaria, magisque spectat ad executionem concessionis, qua Emphyteusis, pluribus, concessa est, quàm ad alienationem. Præterea ad ejusmodi divisionem inter coemphyteutas non requiritur consensus domini, ut probat Caldas *dicto cap.* 8. *numero* 8. & *de nominatione*, *quæst.* 24. *num.* 14. & 16. & Molina *dicta disput.* 460. *numer.* 6. Laudemium autem non debetur, nisi pro consensu, quem dominus alienationi præstat, quando talis consensus necessarius est, ut ex dictis initio hujus sectionis constat.

67 Nota verò hanc resolutionem procedere, quando divisio fit æqualiter inter coemphyteutas, ita ut nihil amplius unicuique adjudicetur, quam quod ad illum juxta concessionem emphyteuticam spectat. Nam si alicui plus tribuatur, alijs id remittentibus, aut vendentibus, jàm pro ea parte non est simplex divisio, sed remissio, & propria alienatio rei emphyteuticæ: unde in hoc casu censent aliqui apud Surdum *decis.* 343. *num.* 6. deberi domino laudemium: quibus consonat Jason. *in l. ultima. Cod. de jure emphyteutico*, *num.* 114. *vers. intelligerem tamen.* Ubi docet requiri in hoc casu consensum domini; unde cõsequens est, ut laudemium ei debeat solvi. Cæterùm, cùm ejusmodi inæqualis divisio contineat propriam alienationem inter coemphyteutas, quid nobis circa illam tenendum sit, constabit ex dicendis pro secunda quæstionis parte, quæ procedit de ejusmodi alienatione, & maiorem continet difficultatem.

Quod ergo ad secundam partem propositæ quæstionis attinet, varij circa illam sunt Doctores, quibusdam absolutè affirmantibus, deberi laudemium, quando coemphyteutæ inter se vendunt, aut remittunt suas partes: alijs verò id negantibus, inter quos est Bartholus, ut videre est apud Caldas. *de extinctione*, *cap.* 16. *num.* 27. Dicendum tamen videtur cum eodem Caldas *n.* 31. si hæc alienatio fiat inter cohæredes, aut similes coemphyteutas habentes jus accrescendi, non deberi laudemium: secus autem si fiat inter socios omnino distinctos, & ad invicem extraneos, quibus jus accrescendi non competit, ut quando res emphyteutica data fuisset in solutum duobus creditoribus, & unus alteri suam partem venderet. Prior pars probatur, quia singuli cohæredes, & similes coemphyteutæ habentes jus accrescendi, sunt simpliciter approbati, & vocati ad totam Emphyteusim: unde pars ab uno repudiata statim alijs accrescit: ex alienatione autem in vocatum ad totã Emphyteusim laudemium non debetur, nec novus domini consensus ad eam requiritur, ut omnes fatentur, & constat ex dictis *in principio hujus sect. n.* 46. Ex quo fundamento non placet limitatio Molinæ *d. disp.* 460. *num. ultimo*, asserentis sibi placere hanc sententiam, si alienatio fiat, antequam Emphyteusis inter dictos coemphy- 68

emphyteutas dividatur: secus autem, si jam inter illos divisa esset: tunc enim domini consensum necessarium esse, & laudemium ei deberi. Hæc, inquam, limitatio non placet; nam etiam pro casu, quo Emphyteusis jam esset divisa, procedit ratio nostræ resolutionis, cui addo authoritatem Gamæ *decis.* 242. *num.* 4. approbantis alienationem, qua hæres cujusdam emphyteutæ post factam divisionem Emphyteusis partem suam vendidit cohæredi, irrequisito domino, & censentis non requiri ad eam domini consensum: unde consequens est, neque laudemium ex ea deberi.

Alia pars constat ratione contraria, 69 quia quando emphyteutæ sunt ad invicem extranei, & jus accrescendi non habent, non est quilibet eorum vocatus, & approbatus ad totam Emphyteusim, sed solùm ad partem, ut patet in exemplo adducto, & quilibet per se consideratur, ut distinctus emphyteuta: unde si unus alteri vendat, perinde se habet, ac si venderet extraneo in concessione suæ Emphyteusis non comprehenso: & ideo non minus ad talem alienationem consensus domini requiritur, quam si extraneo venderet, parique modo laudemium ex ea debetur. Et confirmatur, quia in eo casu posset dominus tantundem offerens recuperare illam partem, & emptorem submovere, ut advertit Caldas *de extinctione*, *cap.* 8. *num.* 5. quod non stat, si ejus consensus non esset necessarius, & laudemium non deberetur.

Vtrùm debeatur laudemium, quando Emphyteusis in dotem datur?

§. IX.

SVMMARIVM.

Quando Emphyteusis in dotem datur æstimata æstimatione venditionem faciente, totum jus emphyteuticum transit in virum: quando autem datur inæstimata æstimatione venditionem faciente, transit jus emphyteuticum in mulierem dotatam, num. 70.

Quando Emphyteusis datur in dotem æstimata æstimatione venditionem faciente, debetur domino laudemium, non solùm secundùm jus commune, sed etiam secundùm jus Lusitanum; quamvis hoc ultimum aliqui negent satis probabiliter. n. 71.

Quando Emphyteusis dotatur filiæ inæstimata æstimatione venditionem faciente, non debetur laudemium, tam secundum jus commune, quam secundùm Lusitanum. num. 72.

Vtrùm id solum procedat, quando pater non habet alia bona, ex quibus dotem filiæ constituat? ibidem.

Quando filia, cui Emphyteusis dotatur, esset comprehensa in concessione Emphyteusis, nec de jure communi debetur laudemium ex tali alienatione, neque ad eam requiritur consensus domini, etiam si pater habeat alia bona, ex quibus filiam dotare posset. eodem n. 72.

Quando Emphyteusis datur in dotem mulieri extraneæ, quam emphyteuta non tenebatur dotare, debetur laudemium secundùm jus commune. n. 73.

Hoc autem intelligitur, nisi talis Emphyteusis sit liberæ nominationis, ibidem.

Hoc ipso quod emphyteuta habens liberam facultatem nominandi Emphyteusim alicui dotat, censetur ad eam nominare ipsam personam dotatam. ibidem.

Quando Emphyteusis transfertur in personam legitimè nominatam ad talem Emphyteusim, non debetur laudemium, nec est necessarius consensus domini. eodem num. 73.

Secundùm jus Lusitanum non debetur laudemium, quando Emphyteusis dotatur mulieri extraneæ, nisi talis Emphyteusis sit Ecclesiastica. ibidem.

Quæ dicta sunt circa dationem Emphyteusis in dotem, locum similiter habent in donatione propter nuptias, quæ scilicet Emphyteusis datur filio, vel etiam extraneo, ut nubat. n. 74.

70 NOna quæstio est, utrùm laudemium debeatur, quando Emphyteusis in dotem datur? Ut respondeam adverto, dupliciter posse Emphyteusim dari in dotem; nimirum aut æstimatam æstimatione venditionem faciente; in quo casu totum jus emphyteuticum transit in virum: aut inæstimatam æstimatione venditionem faciente, in quo eventu licet viro tradatur, ut ejus fructibus onera matrimonij sustineat, tamen jus emphyteuticum transit in mulierem dotatam, & penes illam manet. Præterea possumus loqui, vel de Emphyteusi data in dotem filiæ, vel de data in dotem mulieri extraneæ.

Hoc posito, respondeo, & dico primò. 71 Quando Emphyteusis datur in dotem æstimata æstimatione venditionem faciente, debetur domino laudemium. Ita contra quosdam paucos, resolvunt Speculator, Salicet. Bessanius, Ripa, Tiraquelus, Follerius, & alij, quos refert Caldas *de extinct. cap.* 16. *num.* 23. & sequitur *n.* 24. ubi dicit hoc procedere non solùm juxta jus commune, sed etiam juxta Lusitanum, nihil obstante, quod *lib.* 4. *Ordin. tit.* 38. *in principio*, dicatur, ut pro donatione, & datione in dotem laudemium non solvatur. Ratio est, quia quando res datur illo modo in dotem, verè, ac propriè venditur, ut probat *l. plerumque*, §. *si ante*, *ff. de jure dotium* ibi, *secutis igitur nuptijs, æstimatio rerum perficitur, & fit vera venditio*; atque hoc titulo transfertur, & acquiritur marito, qui est extraneus: quando autem Emphyteusis venditur, & transfertur in extraneum, laudemium debetur, tam secundùm jus commune, in *l. ult. Cod. de jure emphyt.* quàm secundùm legem regiam, *dicto tit.* 38. *in princip.* Unde procedit hæc resolutio, etiam quando Emphyteusis datur in dotem pro filia. Cæterùm attento jure Lusitano, sentiunt Valasc. *consultat.* 113. *num.* 23. Cabedus 1. *p. decis.* 103. *n.* 5. & Fragos. *tom.* 3. *disp.* 13. §. 1. *sub num.* 8. laudemium non deberi, quando Emphyteusis datur in dotem æstimata. Quæ sententia est satis probabilis: sed tamen contrarium probabilius docet Brittus *in cap. potuit.* §. 5. *n.* 5. *de locato.*

Dico secundò. Quando Emphyteusis dotatur filiæ inæstimata æstimatione venditionem faciente non debetur laudemium. 72 Ita cum Follerio, & Carolo Molineo docet Caldas *dicto cap.* 16. *n.* 23. dicens, hanc resolutionem esse de mente omnium, idem tenet Brittus *sup.* & Mol. *disp.* 461. *num.* 7. proceditque non solùm secundùm jus Lusitanum loco proxime citato, ubi absolutè statuitur, ut laudemium pro dotatione non solvatur, secundùm jus commune. Fundamentum est, quia cùm parentes teneantur dotare filias, est ejusmodi Emphyteusis alienatio necessaria, pro qua laudemium non debetur, ut ex supra dictis constat. Limitat autem hanc resolutionem Caldas *n.* 23. ut solùm procedat, quando pater non habet alia bona, ex quibus dotem filiæ constituat: nam si ea habeat, credit deberi laudemium ex dotatione Emphyteusis, etiam spectato dicto jure Lusitano, quod cum hac moderatione intelligendum putat. Ego tamen hanc limitationem admitterem spectato tantùm communi jure; quemadmodùm juxta illud postea dicemus

cemus ex cõmuni sentẽtia, non requiri consensum domini, ut pater dotet filiæ Emphyteusim, nisi ei suppetant alia bona, ex quibus filiæ possit dotem cõstituere; quam sententiam approbat idem Caldas *de intinct. cap.* 10. *n.* 27. Si autem filia dotata comprehensa esset in concessione Emphyteusis, ut quia post mortem dotantis ad eam erat perventura, tum locum non habet hæc limitatio; quia ut Emphyteusis in vocatum transferatur, novus consensus domini non requiritur; nec ex tali alienatione laudemium debetur, ut sæpius advertimus, & notat in hac specie idem Caldas *dicto cap.* 16. *n.* 26. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 13. §. 1. *n.* 10.

73 Dico tertiò. Quando Emphyteusis datur in dotem mulieri extraneæ, quam emphyteuta non tenebatur dotare, debetur ex tali alienatione laudemium secundùm jus commune. Ita Mol. *dicta disp.* 461. *num.* 7. & Fragos. *proxime cit.* contra August. Barbosam, quam ibidem refert. Ratio est, quia hæc alienatio non est necessaria, & per illam vere transfertur Emphyteusis in talem mulierem; & ita locum in illa habet dispositio *l. ultima, Cod. de jure emphyt.* ubi pro voluntaria translatione Emphyteusis jubetur solvi laudemium. Intellige autem hanc resolutionem, nisi Emphyteusis sit liberæ nominationis, ad quam scilicet emphyteuta ex concessione dominica possit nominare quamlibet personam idoneam: nam tunc si mulier dotata sit idonea, non requiritur consensus domini ad talem dotationem, neque laudemium ex ea debetur; quia eo ipso, quod habens dictam potestatem nominandi dat Emphyteusim in dotem alicui personæ censetur eam personam nominare, ut optime advertit Caldas *de extinct. c.* 10. *n.* 35. qui latius hoc ipsum docuit cum magistris Conimbricensibus *tract. de potest. elig. cap.* 2. *n.* 33. *& cap.* 4. *n.* 35. Constat autem non esse necessarium consensum domini, neque laudemium deberi, quandò in personam legitimè nominatam Emphyteusis transfertur, ut tradit idem Caldas *dicto cap.* 10. *n.* 18. & Malina *dicta disp.* 461. *n.* 8. *& disp.* 459. *n.* 21. ubi alios refert, cùm talis persona sit comprehensa in concessione emphyteutica, & alio domini consensu non indigeat. Præterea intelligenda est tradita resolutio spectato tantùm jure communi: nam jure Lusitano *dicto tit.* 38. *in principio*, expresse decernitur, ut pro datione in dotem laudemium non solvatur; quæ lex præcipuè intelligitur de datione in dotem personæ extraneæ, ut declarat Gama *dec.* 127. *n.* 3. *& dec.* 344. *n.* 6. & Caldas *d. c.* 10. *n.* 28. Si tamen Emphyteusis sit Ecclesiastica, non habebit locum hæc lex Lusitana, ut notat Gama *dict. dec.* 127. cum in his, quæ tangunt jus Ecclesiæ, ut in præsenti, servari debeat jus canonicum, & in ejus defectu jus civile commune.

Prædicta omnia circa dationem 74 Emphyteusis in dotem, locum similiter habent in donatione propter nuptias, qua scilicet filio, vel etiam extraneo, Emphyteusis datur, ut alicui mulieri nubat. Nam dos, & donatio propter nuptias à pari procedunt, ut notatur *in cap. ult. de donat. inter virum, & uxorem*, & in specie, de qua hîc loquimur, tradunt Cald. *dicto cap.* 10. *de extinct. post num.* 31. §. *qua tamen*, & Mol. *dicta disp.* 461. *n.* 7.

Utrùm laudemium debeatur ex donatione?

§. X.

SUMMARIUM.

Laudemium debetur ex donatione secundùm jus commune; quamvis aliqui contradicant. n. 75.

Etiam ad Emphyteusim titulo gratuito alienandam, seu donandam consensus domini requiritur. ibidem.

Praedicta tamen resolutio intelligitur, nisi Emphyteusis donetur personae; quae per mortem donantis in eam erat successura ex vi concessionis emphyteuticae. n. 76.

Intelligitur praeterea eadem resolutio, nisi donans haberet potestatem nominandi donatarium. ibidem.

De jure Lusitano non debetur laudemium ex donatione Emphyteusis saecularis; secus in Ecclesiastica, nisi in contrarium stet consuetudo praescripta. n. 77.

75 DEcima quaestio est, utrùm laudemium debeatur ex donatione? Respondetur affirmativè secundùm jus commune, ut cum Jacobino, Guidone Pape, Rebuffo, Saliceto, Jasone, Zuchardo, & alijs docet Caldas *de extinct. cap. 16. n. 20.* Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, q. 23. num. 2.* & Molin. *disp. 461. n. 6. fine.* ubi testatur hanc esse communem sententiam. Et patet; nam per donationem transfertur Emphyteusis in donatarium necessariusque est novus domini consensus, & investitura, in quibus terminis laudemium debetur, juxta *l. ultimam, Cod. de jure emphy.* Non desunt autem quibus tradita resolutio displiceat: ab illa enim cum Camil. Borrellio recedit August. Barbosa *in collect. ad cap. potuit, de locato, num. 42.* & Brittus *eodem cap. potuit, §. 5. num. 3.* ubi alios refert, existimans laudemium solum deberi ex alienatione non gratuita: unde *n. 4.* excipit donationem remuneratoriam, non qualemcumque, sed quae habet vim satisfactionis debiti legalis, seu ex justitia, ut servitiorum. Sed re vera haec opinio sufficiens fundamentum non habet, ut constabit legenti, quae Brittus pro illa adducit, tum *dicto num. 3.* tum *num. 1.* ubi probare nititur, laudemium solùm deberi ex alienationibus non gratuitis. Dicet aliquis hanc opinionem defendi posse, & debere, ex eo quod ad Emphyteusim gratuito donandam non est necessarius consensus domini, ut apud eundem Brittum *in dicto cap. potuit, §. 2. n. 12.* tenent quamplurimi DD. cum gloss. *in dicta l. ult. ver. alijs vendere, Cod. de jure emphyt.* At neque hoc fundamentum subsistit; quia per eandem *l. ultimam* simpliciter requiritur consensus domini ad transferendam rem emphyteuticam in alium, ut *sect. seq.* constabit. Unde etiam ad donandum requiri, tenet cum Barth. & alijs idem Brittus *dicto §. 2. n. 13.*

Intelligenda tamen est praedicta sententia communis, nisi Emphyteusis donetur personae, quae per mortem donantis in eam erat successura ex vi cõcessionis emphyteuticae; vel, nisi donans haberet potestatem nominandi donatarium; quae limitationes satis patent ex proximè dictis, *§. praecedenti:* quamvis Caldas *de extinct. cap. 10. n. 18.* dicat habentem facultatem liberè nominandi, non eo ipso posse Emphyteusim donare, aut legare, non praemissa nominatione, & si donet, debere solvi laudemium. In quo certè non loquitur consequenter ad id quod de datione in dotem dicit *eodem cap. 10. num. 35.* ubi ait, quod dotans filiam censetur eam nominare. Et oppositum manifestè constat ex *Ord. Lusit. lib. 4. tit. 37. §. 1. & 2.* ubi habens potestatem nominandi ad Emphyteusim, & transferens eam titulo dotis, vel aliquo alio, nominare censetur personam, in quam Emphyteusim transfert. 76

Dixi etiam, secundùm jus commune; nam jure Lusitano *lib. 4. Ord. tit. 38. in princip.* expresse habetur, ut pro donatione non solvatur laudemium. Quae dispositio restringenda est ad Emphyteusim profanam, ut non comprehendat Ecclesiasticam, ne in Ecclesiae damnum cedat, ut advertit Caldas *dicto cap. 16. num. 21.* Itaque si Emphyteusis sit Ecclesiastica, laudemium ex ejus donatione solvi debet, etiam in hoc 77

hoc regno, nisi in contrarium sit consuetudo præscripta, de qua mihi non constat.

Vtrùm ex transactione laudemium debeatur?

§. XI.

SUMMARIUM.

Distinguuntur varij modi, quibus potest contingere transactio circa Emphyteusim. n. 78.

Non debetur laudemium, quando petente aliquo Emphyteusim, ut sibi debitam, emphyteuta cum illo transigit, eam retinendo: secus autem, si transigat eam demittendo. ibidem.

Quando aliquis peteret Emphyteusim tamquam suam, volendo eam vendicare jure dominij utilis ad se spectantis, si re vera hoc jus ad illum spectat, & per viam transactionis illud cederet detentori, deberetur laudemium in foro conscientiæ: è contra verò, si detentor illi Emphyteusim demitteret. n. 79. & 80.

78 VNdecima quæstio est, utrùm ex transactione laudemium debeatur? Diversi hac in re sunt casus. Nam vel transactio fit circa Emphyteusim, quam à me petis, tamquam tibi debitam, ut quod eam tibi promiserim, aut vendiderim, &c. vel quam petis tamquam tuam, ut quod titulo hæreditatis, vel legati, aut nominationis ad te spectet. Rursus, aut ipsam Emphyteusim retineo, remittendo tibi aliam actionem, quam adversum te habeo: aut eam demitto, pro eo, quod mihi cedas rem, quam à te peto. In casu ergo, quo à me petis Emphyteusim tamquam tibi debitam, si ego tecum transigam eam retinendo, non debetur domino laudemium, secus si transigam eam demittendo. Priorem partem tradit, relatis multis, Cald. *d. c. 16. n.* 49. quam etiam tenet Fragos. *tomo 3. disp. 13. §. 1. n. 16.* & patet, quia tunc non alienatur Emphyteusis: laudemium autem solùm habet locum quando Emphyteusis alienatur, ut ex dictis constat. Alia pars etiam liquet: siquidem in eo eventu Emphyteusis transfertur, tuque novus emphyteuta esse incipis, ad quod, & domini consensus, & nova investitura requiritur, quæ sunt rationes, ob quas laudemium solvitur, ut constat *ex l. finali, Cod. de jure emphyteutico.*

In casu autem, quo à me peteres Emphyteusim tamquam tuam, volendo eam vendicare jure dominij utilis ad te spectantis, si re vera ipse esses illius dominus, & per viam transactionis mihi cederes totum jus, quod in illa, & adversum me haberes, laudemium proprietario deberetur in foro conscientiæ: secus autem, si ego eam tibi demitterem. Ratio prioris partis est, quia in eo eventu in me transfers tuum dominium utile, & ipsam Emphyteusim propriè alienas: quando autem Emphyteusis alienatur, ejusque dominium utile transfertur, debetur domino laudemium, *d. l. ultima, Cod. de jure emphyteut.* Dixi autem, in foro conscientiæ; nam in externo non posset proprietarius me cogere ad laudemium sibi solvendum, nisi probaret te fuisse verum dominum Emphyteusis, eamque transtulisse, ut bene advertit Caldas *dicto cap. 16. num. 50.* quia ex sola natura, & forma transactionis non haberet Proprietarius suam intentionem fundatam, & ideo si vellet à me exigere laudemium, incumberet illi onus probandi fuisse in me translatam Emphyteusim, & inde sibi laudemium deberi. 79

Alia etiam pars inde facilè constat, quia si tibi demittam Emphyteusim, quia tua est, non transfero illam, neque alieno, sed tantum restituo, quod tuum est: laudemium autem non debetur, ubi 80

ubi nulla est alienatio. Neque obstat, quòd pro tali demissione à te recipiam aliquam pecuniam, vel rem aliam pecunia æstimabilem per viam transactionis, quia per hoc non vendo tibi Emphyteusim, qua tua non sit, sed tantùm aliquid recipio, quia tuum jus non erat adeo manifestum, ut non possem probabili aliqua ratione me tueri, & conservare in possessione Emphyteusis: unde solùm tibi vendo, aut remitto jus, quod habebam ad tergiversandum, & experiendum, an Emphyteusim retinere possem: non autem vendo, aut alieno ipsum jus emphyteuticum; & ideò non potest proprietarius laudemium exigere, nisi probet fuisse inter nos litem fictam, aut collusionem ad occultandum veram Emphyteusis permutationem, aut venditionem. Et ita hanc etiam partem sustinet Caldas *d. n.* 50.

Vtrùm debeatur laudemium, quando emphyteuta locat rem emphyteuticam ad longum tempus?

§. XII.

SVMMARIVM.

Respondent aliqui affirmativè. n. 81.
Præfertur tamen pars negativa. n. 82.
Vtrùm quando res emphyteutica subemphyteuticatur, debeatur laudemium. n. 83.
An debeatur laudemium, quando subemphyteuta emeret à subemphyteuticante jus, quod penes illum post subemphyteuticationem remansit? n. 84.
Tanguntur, & resolvuntur quædam aliæ quæstiones, remissivè. n. 85.

81 DUodecima quæstio est utrùm laudemium debeatur, quando emphyteuta locat ad longum tempus rem emphyteuticam? Affirmant relatis alijs Valascus *de jure emphyteut. q.* 29. *n.* 15. *illatione* 11. Caldas *de extinct. cap.* 16. *n.* 38. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 13. §. 1. *n.* 15. Probant, quia locatio ad longum tempus est alienatio, siquidem per illam utile dominium rei conductori acquiritur, ut cum cõmuni tradidimus *disp.* 1. *sect.* 1. *num.* 6. ex alienatione autem rei emphyteuticæ debetur laudemium. Confirmatur, quia quando emphyteuta alium secundum constituit, rem subemphyteuticando, debetur laudemium: ergo etiam debetur, quando res emphyteutica in longum tempus locatur; cùm utrobique quo ad utile dominium alienetur, imò juxta multorum sententiam, idem sit locari ad longum tempus, atque in Emphyteusim concedi.

82 Nihilominus non deberi laudemiũ ex locatione ad longum tempus, verius cum alijs docet Pinelus *in l.* 1. *p.* 3. *num.* 68. *illat.* 6. *Cod. de bonis maternis*, à qua sententia non est alienus Valascus; nam *dicta illat.* 11. *in fine*, ait se in stricta disputatione magis illi accedere, eandem latè defendit Brittus *in cap. potuit*, §. 5. *n.* 2. *de locato*: citari etiam pro eadem possunt, & solent Antonius Gomes *tomo* 2. *variarum, cap.* 3. *n.* 11. Covar. 2. *variarum, cap.* 16. *n.* 2. & alij, dum asserunt emphyteutam locantem ad longũ tempus absque consensu domini non incidere in commissum, quia ejusmodi locatio non est alienatio simpliciter, sed tantùm lato modo: pœna autem commissi cùm sit odiosa, non est extendenda ad alienantes impropriè: quod argumentum valet ad laudemium, cujus exactio cùm sit exorbitans, odiosa etiam est, & restringenda. Et hinc sumitur ratio pro nostra sentẽtia, quæ magis in hunc modum declaratur. Nam laudemium non debetur pro qualibet alienatione rei emphyteuticæ, sed tantùm pro ea alienatione, qua emphyteuta suũ jus emphyteuticum, seu utile rei dominium, in

in alium transfert, ut sumitur *ex l. ult. Cod. de jure emphyt.* ibi, *qui ad aliam personam transfertur*: unde hac de causa non debetur laudemium pro concessione ususfructus, alteriusve servitutis, aut similis juris in re emphyteutica, ut tenet communis sententia, & docet bene Caldas *dicto cap. 16. num.* 81. quia per has alienationes non transfertur jus emphyteuticum: atqui per locationem ad longum tempus non transfert emphyteuta suum jus emphyteuticum: non enim desinit esse emphyteuta, & ad pensionem proprietario solvendam obligatus, sed tantùm concedit conductori quoddam utile dominium inferius, quod cum utili dominio ipsius emphyteutæ stare potest, quia est diversæ rationis: ergo non debetur ex tali locatione laudemium.

83 Et ex his patet responsio ad fundamentum contrariæ sententiæ. Ad ejus verò confirmationem dico, in primis non satis constare, quod laudemium debeatur, quando emphyteuta rem alteri subemphyteuticat. Nam si vera est sententia, quam de rigore juris probabiliorem judicavimus *disp. 2. sect. ult. num.* 56. asserens non transferri dominium utile in subemphyteutam, tenendum consequenter est non deberi laudemium ex subemphyteuticatione; quia licèt subemphyteuta dominium utile acquirat, est quoddam dominium inferius, quod bene stat absque eo, quod emphyteuta suum utile dominium transferat, ut ibidem probavimus. Unde in hac opinione nihil in præsenti contra nostram sententiam concluditur, imò retorqueri posset argumentum, ut patet. Dico deinde, estò in subemphyteuticatione utile dominium emphyteutæ transferatur in subemphyteutam, ut tenet communis sententia, & consequenter laudemium tunc debeatur, inde non sequi idem dicendum esse in locatione Emphyteusis ad longum tempus: quia juxta probabiliorem sententiam, quam secuti sumus *disp. 1. sect. 1. num.* 8. locatio ad longum tempus differt simpliciter ab Emphyteusi: unde licet per eam utile dominium conductori acquiratur, tale dominium est diversæ rationis ab eo, quod habet emphyteuta: & consequenter, quando hic rem emphyteuticam in longum tempus locat dicit nequit transferre suum utile dominium, suumve jus emphyteuticum; quia alioqui jam conductor, in quem tale jus transferretur, verus esset emphyteuta, & locatio illa ab emphyteusi non differret.

Hinc colliges, quid dicendum sit, 84 quando subemphyteuta emit à subemphyteuticante jus, quod penes illum post subemphyteuticationem remansit. Si enim teneamus sententiam communem, quæ asserit non manere penes illum utile dominium, sed esse translatum in subemphyteutam, dicendum consequenter est cum Caldas *d. cap. 16 num.* 39. & alijs, quos refert, non deberi laudemium ex tali emptione; quia per eam non transfertur proprium jus emphyteuticum, atque adeò neque Emphyteusis, cùm jam per ipsam subemphyteuticationem de consensu domini factam supponatur translata. Si autem sequamur aliam probabilem sententiam asserentem manere utile dominium rei penes subemphyteuticantem, dicendum est oppositum, nimirum deberi laudemium; quia tunc emitur, & transfertur utile dominium, & totum jus emphyteuticum, quod penes subemphyteuticantem remanserat, ex cujus translatione laudemium solvitur juxta *l. ult. Cod. de jure emphyteutico.*

Similes aliæ quæstiones pari modo ex supra dictis facilimè resolvi possunt, ut, an debeatur laudemium ex alienatione fructuum, seu cõmoditatis rei emphyteuticæ? Ex venditione Emphyteusis alienæ? Ex alienatione conditionali, antequam impleatur conditio? Ex promissione de vendenda Emphyteu- 85

phyteusi? quas omnes quæstiones tractat Caldas *dicto cap. 16. num. 73. 82. 83. & 84.* easque negativè resolvit: cum legito.

SECTIO SEXTA.

De obligatione non alienandi rem emphyteuticam absque consensu domini directi.

SUMMARIUM.

Alienatio vel est propria, vel impropria. Et quaenam sit utriusque ratio? n. 86.

Quando alienatio prohibetur dispositione aliqua pœnali, & odiosa, solùm intelligitur prohibita alienatio propria, nisi aliud exprimatur. n. 87.

Apud omnes constat non posse Emphyteusim alienari propriè, id est, transferri in alium, absque consensu domini. n. 88.

Et talis alienatio aliter facta, non valet. ibidem.

L. non dubium, Cod. de legibus, quatenus decernit, ut omnia pacta legibus prohibita, intelligantur irrita, & nulla, procedit, & habet vim in pactis jure imperiali prohibitis, non autem in prohibitis per leges Ecclesiasticas, vel particulares regnorum. eod. n. 88.

Cur consensus domini adeo strictè postuletur ad alienationem Emphyteusis? num. 89. & 90.

86 PRo hujus rei explicatione præmittendum est primò, duplicem esse alienationem, aliam propriam, aliam non propriam, & lato modo. Propria est, qua rei dominium in alium transfertur, ut quando res venditur, donatur, permutatur, datur in solutum, &c. Non est tamen hæc alienatio perfecta, antequam res tradatur; neque enim ante traditionem dominium transfertur, regulariter loquendo, ut patet ex §. *per traditionem Inst. de rerum divisione*, notantque communiter Doctores. Impropria est, qua alteri conceditur aliquod jus in re, manente tamen ejus dominio penes concedentem, ut quando super re propria constituitur alteri Census, aut ususfructus, aliave servitus, & quando res hypothecatur, aut pignori datur, &c. cujus distinctionis meminit Glossa *in l. 1. Cod. de jure emphyt. verbo, alienationis.* Eamque Doctores omnes admittunt: ac juxta illam conciliatur *dicta l. 1* quæ negat concessionem juris emphyteutici esse alienationem, cum *l. ultima, Cod. de rebus alienis non alienandis*, ubi inter alias species alienationis numeratur contractus emphyteuticus, ac generaliter decernitur, quod prohibita alienatione, non solùm intelligitur prohibita dominij translatio, sed etiam omnis actus, per quem alteri quæritur jus rei: illa enim intelligitur solùm de alienatione propria: hæc verò etiam de impropria, ut notat Glossa *dicto verbo, alienationis.*

Præmittendum secundò, quando alienatio prohibetur dispositione aliqua pænali, & odiosa, solùm intelligi prohibitam alienationem propriam, nisi aliud exprimatur, ut sentiunt Covar. 2. *variarum, c. 16. num. 2.* Pinel. *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. sub num. 64. §. illa tamen*, Molina Iurista *lib. 1. de primog. c. 20. num. 16. & 17.* Lara *de anniversar. & capellan. lib. 1. cap. 20. num. 23.* Caldas *de renovat. q. 16. sub num. 16. & de extinct. c. 5. num. 62.* & alij, quos referunt. Ratio est aperta, quia in materia pænali, aut aliter odiosa debent verba accipi in sua propria significatione; non verò in impropria, ne fiat extensio contra juris regulas, quod odia sunt restringenda. Et ita intelligunt citati Authores *dictam l. ultimam, Cod. de rebus alienis non alienandis*, solùm procedere de alienatione in materia favorabili, non verò in pænali, & odiosa. 87

His

His suppositis, illud pro præsenti
88 materia de alienatione Emphyteusis apud omnes constat, non posse Emphyteusim alienari propriè, id est, transferri in alium, absque consensu domini. Quod patet tam ex *l. ultima*, *Cod. de jure emphyteutico*, ibi, *minime licere emphyteutæ sine consensu domini meliorationes suas, vel jus emphyteuticum transferre*, quàm etiam ex jure Lusitano *libro 4. Ordination. tit. 38. in principio*, ibi, *Não poderà vender, escambar, dar, nem alhear a cousa aforada sem consentimento do senhorio.* Quæ leges ad minimum continent prohibitionem transferendi, seu alienandi propriè rem emphyteuticam absque domini consensu. Et alienatio aliter facta non valet, ut Doctores communiter sentiunt, & tradit, aliquibus relatis, Caldas *de extinctione, cap. 3. num. 1.* Id, quod jure Lusitano expresse habetur *dicto tit. 38. §. 1.* ibi, *E sendo a venda, escambo, doação, ou outra qualquer alheação feita em outra maneira, sem authoridade do senhorio, serà nenhum, & de nenhum vigor.* Jure autem communi non est id adeo manifestum, cum *dicta l. ult. Cod. de jure emphyteut.* solùm dicatur minimè licere talem alienationem; quæ verba non continent annullationem. Nihilominus tamen etiam de jure communi dictam alienationem, sine consensu domini esse nullam, omnes intelligunt, non solùm, quia communis praxis legem illam sic interpretata est, sed etiam, quia *in l. non dubium, Cod. de legibus*, absolutè decernitur, ut omnia pacta legibus prohibita, irrita, & nulla esse intelligantur; quæ lex, licet varias admittat interpretationes, & vim non habeat quo ad pacta legibus tantùm Ecclesiasticis, vel particularibus regnorum prohibita; tamen procedit, & vim habet in pactis jure imperiali prohibitis, ut post Vasquium admittit Soares *lib. 5. de legibus, cap. 28. num. 15.* & sumitur ex quadam epistola decretali, cujus meminit idem Soar. *dicto libro 5. cap. 29. num. 4.*

Ratio cur prædictus domini con- 89
sensus adeo stricte postulatur, & necessarius est, duplex potissimum assignatur. Prima est, ut dominus agere possit pro pensione sibi solvenda adversus emptorem Emphyteusis, & quemlibet alium successorem, in quem illa translata sit. Nam cum res emphyteutica non sit hypothecata pro pensione solvenda; ut probavimus suprà hac ipsa disputatione, *sect. 2. numero 12.* & consequenter absque illius onere in particularem successorem transeat, non satis domino provisum esset ad hoc, ut pensionem exigere posset ab emptore, & quovis alio particulari successore, nisi is de consensu domini, & quasi de ejus manu ipsam Emphyteusim acciperet, celebrando cum eo novum quendam contractum per modum subrogationis, ex quo illi maneret obligatus ad pensionem, & ad cætera omnia, sicut antea erat ejus prædecessor alioqui enim, si talis successor nollet pensionem solvere, opus esset domino agere adversus illum, ut rem demitteret, probando se esse verum dominum illius (quod est valde difficile ex omnium sententia, teste Valasco, *de jure emphyteutico, quæst. 9. num. 8.*) eamque tradidisse authori illius successoris, (id est ei, à quo talis successor causam habet) sub fide solvendi sibi canonem, quam cùm ille fregerit canonem non solvendo, non teneri se fidem contractus illi servare, & sic posse rem ab eo vendicare, & à quovis alio, qui ab eo causam haberet. Vnde non nisi per longas ambages, & magnas difficultates posset dominus dictum particularem successorem cogere ad canonis solutionem, si is absque illius consensu Emphyteusim obtineret; & ideo meritò constitutum est, ut non possit Emphyteusis transferri, nisi de consensu domini. Sic relatis alijs, rem hanc differit Caldas

das *de extinctione Emphyteusis*, *cap.* 3. *num.* 36. cui consonat Glossa *in l. ultima*, *verbo*, *alijs vendere*, *Cod. de jure emphyt.*

90 Secunda ratio est, ut dominus sibi possit consulere, impediendo ne Emphyteusis alienetur in aliquam personam, ex qua sibi damnum immineat, sive quia pensionem probabiliter non solvet, sive quia finita Emphyteusi non poterit res extrahi de ejus potestate, sive alia de causa. Vnde ad ejusmodi incommoda vitanda, non solùm jure cautum est, ut Emphyteusis absque consensu domini alienari non possit, verùm ipsi etiam domino conceditur jus prælationis, ut possit retinere sibi rem offerendo idem pretium, quo emphyteuta eam vult alienare, quemadmodum habetur *dicta l. ultima*, *Cod. de jure emphyteutico*, & jure Lusitano, *dicto tit.* 38. *in principio*, & notat ad rem propositam Caldas *dicto capit.* 3. *numer.* 16. *alijsque in locis*, & Brittus *in cap. potuit*, §. 2. *n.* 3. *de locato.*

Vtrùm consensus domini requiratur ad Emphyteusim impropriè alienandam?

§. I.

SVMMARIVM.

Proponitur ratio dubitandi pro parte negativa, etiam spectato jure Lusitano. n. 91. *& seqq.*

Communis sententia est, posse ab emphyteuta concedi servitutem in re emphyteutica absque consensu domini. Et similiter posse subjici hypothecæ, aut pignori. n. 93.

Proponitur ratio dubitandi pro parte affirmativa. n. 94.

Alienationes, impropriæ in duplici sunt differentia: quædam sunt, quibus naturalis possessio rei in alium transfertur: quædam verò, quibus non transfertur possessio, sed tantùm aliquod jus in re alteri conceditur. n. 95.

Difficultas verò non levis est, utrùm dictus consensus domini similiter requiratur ad Emphyteusim impropriè alienandam? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia leges obligantes ad non alienandam Emphyteusim absque consensu domini, sunt pœnales: imponunt enim pœnam commissi, & caducitatis in aliter alienantes: sic enim habet *dicta lex ultima*, *Cod. de jure emphyteutico*, *in fine*, ibi, *sin aliter fuerit versatus*, *quam nostra constitutio disponit*, *jure emphyteutico cadat*, *&* *dicta l. Lusitana lib.* 4. *Ordin. tit.* 38. *§.* 1. ibi, *& o foreiro por esse mesmo feito perderà todo o direito que tiver na cousa aforada*, *& tudo ficarà devoluto*, *& applicado ao senhorio.* Constat autem ex supra dictis *n.* 87. in dispositione odiosa, & pœnali nomine alienationis prohibitæ, non intelligi alienationem impropriam, sed tantùm propriam, & rigorosam. 91

Accedit, quod *in dicta l. ultima*, non fit mentio alicujus alienationis impropriæ, sed tantùm propriæ, nempè translationis rei emphyteuticæ in alium, eaque tantùm ibi prohibetur fieri absque consensu domini: ergo talis prohibitio ad impropriam alienationem extendi non debet, cum longe diversa ratio de illa sit: neque enim ex tali alienatione facta absque consensu domini sequuntur domino incommoda supra commemorata, *n.* 89. & 90. propter quæ vitanda cautum fuit, ut Emphyteusis absque domini cōsensu alienari non posset; nam cum per eam non transferatur jus emphyteuticum, non creatur novus aliquis emphyteuta, sed manet idem qui antea erat, pari modo obligatus 92

ad

ad pensionem, & ad cætera omnia, ac si nulla facta esset alienatio. Et similiter intelligi debet *l. Lusitan. dicto tit. 38. in principio*, ibi, *Não poderá vender, escambar, dar, nem alhear, &c. & §. 1.* ibi, *E sendo a venda, escambo, doação, ou outra qualquer alheação feita em outra maneira, &c.* nam quamvis per verba adeo generalia videatur comprehendere omnem alienationem, exponi debet de sola alienatione propria, ne exorbitet à jure communi, *in d. l. ultima*, ut advertit Gama *decis. 28. num. 2.* Et confirmatur, quia §. 2. utitur dicta lex regia eisdem verbis vendendi, permittendi, & quovis alio modo alienandi; quæ tamen juxta subjectam materiam, solùm possunt habere locum in alienatione propria, qua Emphyteusis in alium transfertur; quod est signum non cogitasse legislatorem in hac Ordinatione de alienationibus impropriis, vel certè voluisse ab illis abstrahere, ut hæc res secundùm jus commune, & receptas Doctorum sententias definiretur.

93 Tandem pro eadem parte facit, communem sententiam esse, posse ab emphyteuta concedi servitutem in re emphyteutica absque domini consensu, ut videre est apud Caldas *de extinctione, cap. 5. num. 8. & 10.* Pinelum *in l. 1. Cod. de bonis maternis, parte 3. num. 70.* Molinam Juristam *lib. 1. de primogenijs, cap. 20. num. 1. & 2.* Molinam Theologum *disput. 451. num. 3.* Augustinum Barbos. *in collectan. ad cap. potuit. de locato; num. 77.* Brittum *ibidem, §. 2. num. 19.* & Felicianum de Solís *de Censibus, tomo 2. cap. 4. num. 3. fine:* qui alios referunt, inter quos est Glossa *in l. 1. §. finali, verbo prætorio, ff. de superficiebus.* Item non prohiberi, saltem sub pœna commissi, quominus rem emphyteuticam possit subjicere hypothecæ, aut pignori domino inconsulto; quod tradunt Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 18.* Gama *dicta decis. 28. num. 2. & decis. 108. num. 2.* Caldas *dicto cap. 5. numer. 61.* Molina *dicta disp. 461. num. ult.* Aug. Barbos. *ubi sup. n. 81.* Brittus *in dicto cap. potuit, §. 2. num. 18. de locato,* Felician. Solís *de Censib. tomo 1. cap. 4. n. 15.* Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 3. n. 10.* & alij quos referunt. Cujus sententiæ eam rationem reddit Gama, & Caldas *locis proximè citatis*, quia licet concessio hypothecæ (& idem est de servitute) alienationem contineat, tamen emphyteutæ non est prohibita quælibet alienatio, sed ea tantùm, qua jus emphyteuticum transfertur. Id, quod apud Gamam, declarat etiam Jason *in l. 2. num. 82. Cod. de jure emphyteutico*, & alios eodem argumento utentes affert Caldas *dicto n. 61. fine.*

In contrarium tamen urget, quod plurimi, & gravissimi Doctores etiam 94 ex proximè citatis asserunt non posse emphyteutam absque domini consensu locare rem emphyteuticam ad longum tempus, neque subemphyteuticare, neque usumfructum in ea constituere, eo quod per hujusmodi contractus ipsa res alienetur, licet per eos non transferatur jus emphyteuticum, & consequenter non fiat propria alienatio Emphyteusis, sed tantum impropria. Quin etiam multi ex prædictis Authoribus sentiunt, si emphyteuta ad longum tempus locet rem emphyteuticam, vel alium emphyteutam super ea constituat, domino inconsulto, incidere in commissum. Quæ non stant, nisi dicamus etiam impropriam alienationem rei emphyteuticæ fieri non posse ab emphyteuta absque consensu domini.

Vnde cum pro utravis parte graves 95 adeo rationes urgeant, vix aliquid certi in proposita difficultate definiri potest. Attamen quid mihi verius, & expeditius videatur, breviter exponam. Ad quod ante omnia adverto alienationes impriprias in duplici esse differentia. Quædam enim sunt, quibus res quoad

naturalem possessionem transfertur in alium, cui simul aliquod ejusdem rei dominium conceditur; ut quando res locatur ad longum tempus, vel in Emphyteusim datur: aliæ sunt, quibus rei possessio non transfertur, sed tantùm jus aliquod in ipsa re alteri constituitur, ut quando res hypothecatur, aut servituti subjicitur. Adverto deinde dupliciter posse intelligi ejusmodi alienationem prohibitam; uno modo sub pœna commissi, ita ut alienans caducitatem incurrat: alio modo, ut actus quidem sit illicitus, & irritus, pœna tamen commissi non incurratur.

Resolvitur alienationem impropriam, qua possessio rei emphyteuticæ non transfertur, posse fieri absque consensu domini.

§. II.

SUMMARIUM.

Non requiritur consensus domini, ad alienationem, qua rei possessio non transfertur. n. 96.

Servitus potest imponi super re emphyteutica absque consensu domini in præjudicium solius emphyteutæ, ut scilicet solùm duret ad vitam ipsius. ibid.

Servitus imposita super re emphyteutica absque consensu domini transit cum ipsa re in quemcumque alium possessorem, & in ipsum etiam dominum, si titulo donationis, vel emptionis, aut alio simili in eum sit translata. n. 97.

An similiter dicta servitus transeat, quando res emphyteutica alijs modis transfertur? ibid.

Quando in contractu emphyteutico dominus expresse prohibuit alienari rem emphyteuticam absque suo consensu: tunc neque pro tempore vitæ suæ potest emphyteuta onus aliquod in ipsa re constituere. num. 98.

Quando servitus esset imposita super re emphyteutica de consensu domini, durabit tale onus etiam post Emphyteusim finitam, & ipsi etiam domino talis impositio nocebit. ibidem.

Eodem modo, quo potest constitui servitus super re emphyteutica, potest etiam constitui hypotheca: & quomodo hæc inter se æquiparentur. n. 99.

Quando dicitur posse rem emphyteuticam hypothecari ab emphyteuta absque consensu domini, intelligitur, dummodò sit spes luitionis: & quando talis spes detur, vel non detur. n. 100.

Si emphyteuta subjiciat rem hypothecæ absque consensu domini, & absque spe luitionis incidit in commissum, si ad rei traditionem accessit: secus autem, si res tradita non sit. ibidem.

Imprimis ergo, quod attinet ad alienationem, qua possessio rei emphyteuticæ non transfertur; resolutio sit, eam posse fieri ab emphyteuta absque consensu domini, saltem citra pœnam commissi. Ita sentiunt omnes, quos *supra num. 93.* commemoravimus, asserentes posse emphyteutam subjicere rem servituti, & hypothecæ, domino inconsulto; estque communis sententia. Cujus ea ratio est, quia per talem alienationem nullo modo res in alium transfertur, neque ullum domino infertur præjudicium; nam finita Emphyteusi, libera ad eum res est reversura. Neque obstat *l. ultima, Cod. de rebus alienis non alienandis*, ubi dicitur, quod prohibita simpliciter alienatione, etiam intelligitur prohibita hypotheca, & servitutis impositio. Nam hæc lex solùm procedit in materia favorabili, ut subnotavimus: quod autem in lege prohibente alienationem rei emphyteuticæ comprehendatur hypotheca, & servitutis costitutio, non pertinet ad fa- 96

ad favorem, aut commodum domini, cui talis lex favere intendit; siquidem nullum ex ejusmodi alienationibus improprijs illi sequitur præjudicium. Vnde notant communiter hujus sententiæ Authores in suum tantùm præjudicium posse emphyteutam servitutem constituere super re emphyteutica, quæ nimirum solùm duret ad vitam ipsius, vel quandiu jus emphyteuticum ad ipsum spectat. Nam cùm solùm ratione talis juris eam servitutem possit constituere, consequens est, ut eo jure resoluto, ipsa etiam servitus extinguatur juxta communem regulam, quod resoluto jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis, *l. lex vectigali, ff. de pignoribus, l. si ex duobus, §. finali, ff. de in diem addictione, l. petò, §. prædium, ff. de legatis 2.* Et ita cum communi docent Molina Jurista *lib. 1. de primog. cap. 20. à num. 1.* alter Molina *disp. 461. n. 3.* & Caldas *de extinct. c. 5. n. 9.*

97 Bene tamen monet idem Caldas *num. 22. & sequenti*, si emphyteuta post servitutem in re emphyteutica sine domini consensu impositam, emphyteusim alicui vendat, aut donet, transire in eum rem emphyteuticam cum tali servitute; nam cùm is causam habeat ab ipso emphyteuta, eodem modo, & cum eodem onere illam obtinet. Vnde advertit ulterius, licet finita tali emphyteusi, aut per viam commissi extincta, res omninò libera ad dominum revertatur, oppositum tamen dicendum esse, si dominus illam emat, titulove donationis, aut alio simili, acquirat; quia tunc in eam succedit, quemadmodùm emptor, aut donatarius extraneus, in quem res transit cum sua causa, & onere, *l. traditio, §. 1. ff. de acquirendo rerum dominio, l. alienatio, ff. de contrahenda emptione.* Quod etiam, relatis alijs, tradit Augustinus Barbosa *in addit. ad remiss. Ordinat. Lusit. lib. 4. tit. 38. num. 108.* & idem Caldas *de extinctione, cap. 13. num. 35. & 36.* ubi advertit hoc non procedere, quando dominus jure prælationis retinet Emphyteusim pro eodem pretio, quo alteri vendebatur, sed tantùm quando illam emit, similive titulo acquirit, tamquam extraneus. Concordat Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, part. 3. sub num. 72. vers. utilior limitatio*, ubi alios refert. Similiter juxta eundem Caldas *dicto cap. 5. num. 24.* dicendum est non extingui dictam servitutem quando Emphyteusis esset hæreditaria, aut via nominationis transferretur in hæredem nominantis; quia hæres facto defuncti contraire non potest. Secus autem, quando esset ex pacto, & providentia, & per viam nominationis, aut alio modo transferretur in aliquem ad eam vocatum, qui hæres prædecessoris non esset; siquidem hic talem Emphyteusim capit à solo domino, qui eam liberam à tali servitute concessit, & cum non sit hæres prædecessoris, non tenetur conservare onus, cui ille eam subjecit.

Intellige autem hæc omnia, nisi in instrumento, & contractu emphyteutico adsit expresse domini prohibitio de re emphyteutica non alienanda; quæ prohibitio ordinariè apponitur. Nam tunc neque pro tempore vitæ suæ potest emphyteuta servitutem, aliudve onus in re emphyteutica constituere, estò aliàs ejusmodi alienatio ei prohibita non esset, ut latè, relatis alijs, probant Molina Jurista *dicto c. 20. à n. 8.* & Caldas *dicto cap. 5. de extinctione, num. 30.* Ratio est, quia cùm leges simpliciter prohibeant alienari rem emphyteuticam absque consensu domini, si huic prohibitioni legali accedat prohibitio hominis, aliquid amplius debet operari, cum fortior sit duplex, quam simplex prohibitio, magisq; rem afficiat; & ideo etiam in casu, quo stante prohibitione legis alineatio permittitur, intelligi debet prohibita 98

accedente hominis prohibitione. E contra verò, si servitus imponatur super re emphyteutica de consensu domini, notat optime idem Caldas *n.* 23. & cum alijs Augustinus Barbosa *in addit. ad remiss. circa Ord. reg. lib. 4. num.* 109. duraturam esse talem servitutem etiam post Emphyteusim finitam, ita ut ipsi etiam domino talis impositio noceat, juxta ea, quæ tradit Matth. de Afflictis *in cap. 1. §. quid ergo, cum seq. de investit. de re aliena facta.*

99 Et quæ dicta sunt de constitutione servitutis, eodem ferè modo procedunt in hypotheca, ut explicat latè Caldas *dicto cap. 5. de extinct. n. 74. & seq.* ubi bene docet, & probat hypothecã cum jure hypothecantis finiri; & consequẽter, si emphyteuta sine domini consensu rem hypothecavit, minime eam hypothecam nocere nominato ad Emphyteusim, quod is magis capiat à domino, quam à nominante. Item non nocere ipsi domino, finita enim Emphyteusi, rem ad illum reversuram esse liberam absque ullo nexu, & obligatione: cæterùm quod de nominato dicitur, intelligendum esse, nisi is sit hæres nominantis, quia etiam hæredis bona obligare possumus, ut per Neguzantium *de pignor. & hyphothec. 2. membro, 2. p. n. 55. cum seqq.* vel nisi Emphyteusis esset hæreditaria; quia tunc successor caperet ab ipso emphyteuta, & ab eo causam haberet.

100 Illud etiam pro ejusmodi hypotheca diligenter notandum, quando dicimus posse rem emphyteuticam hypotecari absque consensu domini, intelligendum id esse, dummodò sit spes luitionis, id est, quod res à tali onere liberabitur; nam si talis spes non sit, ut quia res hypothecatur, aut datur in pignus pro debito æqualis, aut maioris pretij, censebitur ipsa res vendi, ut cum alijs advertunt Gama *decis. 108. n. 3.* Cald. *d. c. 5. n.* 76. Unde non modo censebitur nulla talis hypotheca, verùm poterit dominus exigere pœnam commissi, si modo emphyteuta ad rei ita hypothecatæ traditionem processisset; ut optimè notavit idem Cald. *n.* 77. ubi ex communi advertit, quod quando hypotheca est prohibita tamquam alienatio, intelligitur de reali, id est, traditione secuta, non verò de verbali. Qua ratione licet *in cap. 1. de prohibita feudi alienatione, per Federicum*, specialiter prohibeatur hypothecari res feudales, resolvunt communiter Doctores apud eundem Cald. feudatarium rem hypothecantem absque domini consensu, non incidere in commissum, antequam ad traditionem procedat.

Quid sentiendum de alienatione impropria, qua possessio rei emphyteuticæ transfertur.

§. III.

SUMMARIUM.

Verius in puncto juris videtur non prohiberi emphyteutam, saltem sub pœna commissi, ne rem emphyteuticam impropriè alienet pro tempore vitæ suæ, absque consensu domini, quamvis alienatio sit talis, ut rei possessio transferatur. n. 101.

Emphyteuta locans ad longum tempus rem emphyteuticam absque consensu domini non incurrit pœnam commisi. ibid.

Pœna privationis non habet locum, nisi reperiatur expressa. eodem n. 101.

Emphyteutam posse absque consensu domini constituere usumfructum super re emphyteutica, qui duret pro tempore, quo ipse emphyteuta vixerit, seu quo jus emphyteuticum ad ipsum spectat. n. 102.

Posse similiter absque consensu domini locari rem emphyteuticam ad longum tempus. n. 103.

Tam per constitutionem ususfructus, quam per locationem ad longum tempus conce-

conceditur alteri dominium utile rei, & simul naturalis rei possessio, ibidem.

Locationem ad longum tempus rei maioratui subjectæ valere ad vitam possessoris locantis, eodem n. 103. fine.

Ordinatio Lusitana dum simpliciter prohibet alienari rem emphyteuticam absque consensu domini, intelligi debet de alienatione, qua jus emphyteuticum transfertur, ut non discrepet à l. ultima, Cod. de jure emphyteut. n. 104.

Semper in praxi consulendum est, ut etiam ad alienationem impropriam rei emphyteuticæ dominus consulatur, num. 105.

Quando in instrumento emphyteutico dominus expressit, ne res emphyteutica absque suo consensu alienaretur, qualibet ejus alienatio, etiam impropria, censetur prohibita. ibid.

Locationem ad longum tempus rei emphyteuticæ absque domini consensu, probibitam esse, & locantem incidere in commissum, multorum sententia est, & ita in hoc regno fuit judicatum. eodem n. 105.

Emphyteuta, qui rem subemphyteuticat absque consensu domini, incidit in commissum juxta communem sententiam: quamvis oppositum in puncto juris fortè sit probabilius, n. 106.

Neque ad vitam solius concedentis posse rem subemphyteuticari absque consensu domini. eodem n. 106, fine.

Non posse etiam constitui usumfructum in re emphyteutica ad vitam constituentis absque domini consensu nonnulli docent. n. 107.

Potest tamen dari ejus commoditas, ibidem.

101 DEinde quod attinet ad alienationem impropriam alterius generis, qua videlicet possessio rei transfertur, verius in puncto juris videtur, non prohiberi emphyteutam, saltem sub pœna commissi, eam facere pro tempore vitæ suæ, seu quò jus emphyteuticum ad ipsum spectat, sicut de alienationibus, quibus possessio non transfertur, proximè dictum est. Et verò quod non prohibeatur sub pœna commissi sentiunt Carolus Molineus *in addition. ad Alexandrum, lib. 3. cons. 117. lit. A*, Covar. 2. *variar. c. 16. n. 2.* Pinel. *in l. 1. Cod. de bonis maternis, 3. p. sub num.* 64. Molina Jurista *lib. 1. de primog. c. 20. n. 17.* referens in eandem sententiam Beroium *in c. nulli, n. 32. de rebus Ecclesiæ non alienandis.* Quam sententiã sequutos aliquando fuisse regios Senatores Curiæ Lusitanæ testatur Cald. *de renov. quæst. 16. sub num. 17.* & in eam magis propendet Valascus *de jure emphyt. q. 29. n. 23.* Qui omnes loquuntur de locatione rei emphyteuticæ ad longum tempus, affirmantes propter illam absque domini consensu factam non incurri pænam commissi, nihil obstante, quod res per talem locationem dicto modo alienatur, ejusque possessio transfertur: unde idem fateri debent de quavis alienatione simili, qua rei possessio alteri acquiritur. Et probatur, quia pœna privationis non habet locum, nisi quando reperitur expressa, ut notant communiter Doctores cum Baldo *Authentica, ex testamento, column. penult. Cod. de collationibus*, per textum, *in Authentico, de non eligendis secundo nubentibus, §. cum igitur, collat. 2.* estque textus optimus, *in l. & si quis 14. vers. Divus, ff. de religiosis, & sumptibus funerum*: nullibi autem exprimitur, quod propter locationem ad longum tẽpus, aliamve similem alienationem, cadat emphyteuta à jure suo. Confirmatur, nam leges prohibentes alienari rem emphyteuticam sub pœna commissi, debent intelligi de alienatione propria, qua jus emphyteuticum sine domini consensu in alium transfertur, ut efficaciter probant rationes dubitandi, quas *supra n. 51. & 52.* pro parte negativa propositæ difficultatis adduximus. Emphyteuta autem locans rem ad longum tempus, simili ve mo-

do eam alienans, quamvis possessionē transferat, & jus in re alteri tribuat, ipsum jus emphyteuticum non transfert, juxta communiorem sententiam.

102 Quod autem neque simpliciter prohibitum sit rem emphyteuticam dicto modo alienari pro tempore, quo emphyteuta vixerit, jusve emphyteuticum ad illum spectat, maiorem aliquam videtur habere difficultatem. Cæterùm hanc etiam partem satis approbant Barth. *in l. 3. §. ex contrario, n. 12. ff. de acquirenda possess.* ubi Alexander. *n. 30. & 36.* & Iason. *num. 65.* idem Iason. *in l. finali, n. 118. Cod. de jure emphyt. & consil. 123. n. 1. lib. 4.* Baldus *in l. 1. §. item in fundo, ff. quibus modis usufructus amittatur*, per textum ibi, & Molina Jurista *lib. 1. de primog. cap. 19. n. 23. & c. 20. n. 6.* Felician. de Solis *de Censib. lib. 2. c. 4. n. 38.* & plures alii, quos refert Caldas *de renovat. quæst. 16. ante num. 17. & de extinct. c. 5. n. 6.* & Emmanuel Barbosa *in remission. ad Ord. regiam, lib. 4. tit. 38. n. 26.* quatenus asserunt posse ab emphyteuta absque domini consensu constitui super re emphyteutica usumfructum pro tempore, quo Emphyteusis ad ipsum constituentem spectat: quod etiam admittunt Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 71. §. addo etiam*, & Barbosa *in l. usufructu, n. 15. ff. soluto matrimonio*, licet perperam negent esse verum usumfructum, quia vita, & jure concedentis pendet.

103 Est etiam in eadem sententia Carolus Molineus *in additionibus ad Alexandrum, lib. 3. consil. 104. n. 1. & consil. 119. n. 7. & in consuetudines Parisienses 2. p. §. 56. gloss. 1. n. 6.* quatenus probat, & tenet emphyteutam liberè posse Emphyteusim ad longum tempus locare, & Pinelus *dicto n. 71. vers. infertur etiam contra*, dum evidentis incohærentiæ damnat eos, qui admittunt posse emphyteutam servitutem, & usumfructum constituere super re emphyteutica, negant autem posse similiter eam locare ad longum tempus, cùm hoc sit minus, quàm usumfructum constituere. Quæ Doctorum sententiæ juxta nostram resolutionem procedunt, eamque confirmant, cùm tam per constitutionem ususfructus, quam per locationem ad longum tempus, concedatur alteri dominium utile rei, & simul naturalis possessio, ut videre est apud Valascum *de jure emphyt. q. 18. num. 2. & 3.* & apud Cald. *de extinct. c. 1. n. 9. & c. 5. n. 3. & 9.* aliisque in locis. Vnde nobiscum etiam in simili sentit Gama *decis. 192. n. 3.* post Pinelum, quem ibi citat, docens locationem ad longum tempus rei maioratui subjectæ valere ad vitam possessoris locantis.

Ratio hujus partis sumitur ex dictis, quia jure communi *in d. l. ultima, Cod. de jure emphyt.* solùm interdicitur, ne emphyteuta absque domini consensu transferat in alium rem emphyteuticam, jusve emphyteuticum, quod in illa habet, juxta quod jus intelligi debet Ordinario Lusitana prohibens simpliciter rem emphyteuticam alienari absque consensu domini, prout hæc omnia, §. 1. n. 92. in secunda ratione dubitandi pro negativa parte difficultatis propositæ explicata sunt. Per alienationem autem impropriam, de qua hîc loquimur, non transfertur simpliciter res emphyteutica, neque jus emphyteuticum, hoc enim penes ipsum emphyteutam alienantem manet: ergo non prohibetur talis alienatio. Præterea stat etiam pro hac parte illa ratio, quia prohibita simpliciter alienatione, non intelligitur prohibita ulla alienatio impropria, nisi quatenus id spectat ad favorem, & commodum ejus, in cujus gratiam res prohibetur alienari, ut supra notavimus. Quod autem res emphyteutica non alienetur dicto modo impropriè per locationem ad longum tempus, aliave ratione, qua ejus possessio alteri acquiratur, non spectat ad commodum domini 104

mini directi, in cujus gratiam leges vetant, ne absque ejus consensu res emphyteutica alienetur; siquidem talis alienatio solùm sit pro tempore, quo jus emphyteuticum ad alienanté spectat, eoque jure resoluto, manet res libera: ergo non debet intelligi prohibita per leges simpliciter prohibentes rem emphyteuticam alienari domino irrequisito.

105 Quamvis autem hæc veriora, & expeditiora videantur in puncto juris, & pro usu scholarum: tamen in praxi semper consulendum est, ut etiam ad ejusmodi alienationes improprias dominus consulatur. Tum quia ultra prohibitionem juris ferè semper intervenit expressa prohibitio domini vetantis in instrumento emphyteutico alienari rem absque ipsius domini consensu: in quo eventu omnis rei alienatio, etiam impropria, censetur prohibita, ut jam *supra n. 98.* advertimus. Tum maximè, quia etiam alienationes impropriæ, de quibus hîc loquimur, frequenter à Doctoribus reprobantur, tanquam à jure prohibitæ, si fiant domino irrequisito. Triplex quippe est alienatio impropria, qua rei possessio simul cum aliquo ejus dominio, jureve in ipsa re alteri conceditur. Vna est locatio ad longum tempus, id est ad decennium, aut ultra, altera est concessio rei in Emphyteusim, aut subemphyteusim. Tertia est concessio rei, quo ad usumfructum. Non posse autem locari rem emphyteuticam ad longum tempus absque consensu domini, & locantem incidere in commissum, tenent, relatis alijs, Gama *decis. 26. ad finem*, ubi testatur ita judicatum fuisse per Senatores regios in quadam causa Baronis de Alvito, contra quemdam ejus emphyteutam. Caldas plurimos referens, *de extinct. cap. 1. n. 14. & de renovat. quæst. 16. n. 11. juncto n. 17.* ubi affirmat hanc esse communem sententiam, Mol. *disp. 461. n. 2.* & Frag. *tomo 3. disp. 10. §. 1. num. 13.* qui Authores, licet loquantur absolutè non exprimendo casum, quo locatio fieret solùm ad vitam locantis, & ideo posset eorum sententia non incongruè exponi, ut solùm procedat de locatione, quæ cùm vita Emphyteutæ locantis finienda non sit, quæ sola potest cadere in præjudicium domini directi: tamen, si mens horum Authorum consulatur, etiam de locatione ad vitam locantis videntur intelligendi. Quod etiam admittit Brittus *in dicto cap. potuit, §. 2. n. 17. de locato.*

Similiter non posse ab emphyteuta rem alteri emphyteuticari, seu subemphyteuticari, domino inconsulto, resolvimus *suprà, disp. 2. sect. 4. n. 51.* cum Valasco, Gama, Caldas Pereyra, Molina, & alijs communiter: & licet hi Authores facilè possint intelligi, ut solùm loquantur juxta comunem sententiam, quæ tenet per subemphyteuticationem transferri, & alienari simpliciter jus emphyteuticum, ita ut non maneat utile dominium rei penès subemphyteuticantem, sed totum transferatur in subemphyteutam: cujus oppositum probabile esse, imò probabilius in rigore juris defendimus *d. sect. 4. §. 1.* attamen, cùm à communibus sententijs in praxi recedendũ non sit, satis intutum, & periculosum erit, si emphyteuta rem alteri subemphyteuticet, domino irrequisito, cùm talis subemphyteuticatio juxta dictam comunem sententiam, propriam juris emphyteutici alienationem contineat, quæ domino irrequisito fieri non potest, citra pœnam commissi. Et ita in commissum incidere emphyteutam, qui absque domini consensu rem subemphyteuticat, resolvit absolutè Caldas *de renovat. q. 16. ante numerum 11.* & Brittus *in dicto cap. potuit, §. 2. n. 17. post medium.* Et supponit tamquam in jure dispositum Valascus *de jure emphyt. q. 29. num. 23.* Item neque ad vitam solius concedentis posse subemphyteuticari rem emphyteuticam absque

106 (right margin, beside "Similiter")

que domini consensu, docet expressè Gama *decis.* 269. *n.* 6.

107 Tandem, quod neque possit constitui ususfructus in re emphyteutica duraturus ad vitam constituentis absque consensu domini, sentit Mol. *disp.* 461. *n.* 4. cum multis alijs, quos refert ex Pinelo *in l.* 1. *Cod. de bonis matern. p.* 3. *n.* 70. *&* 71. Et pro eadem sententia stat Cald. *de extinct. c.* 5. *n. præsertim* 12. *&* 13. ubi distinguit inter commoditatem, & verum usumfructum rei emphyteuticæ, docetque posse ab emphyteuta concedi alteri commoditatem sine ullo domini consensu, cum per hanc nullum rei dominium, jus ve reale in accipientem transferatur, & ita non detur alienatio: secus autem usumfructum, eo quod per ejus constitutionem, dominium, & possessio rei alteri acquiratur, deturque proinde rei alienatio, quæ absque domini consensu fieri non potest. Itaque semper consulendum est, ut etiam ejusmodi alienationes impropriæ non fiant domino irrequisito.

SECTIO SEPTIMA.

Expediuntur nonnullæ dubitationes circa materiam præcedentis sectionis.

SUMMARIUM.

Regula generalis, quod res emphyteutica non potest alienari, saltem proprie absque consensu domini, in multis casibus fallit. n. 108.

108 QUamvis generaliter verum sit non posse alienari rem emphyteuticam, præsertim propriè, juxta supra dicta, domino irrequisito, aut inconsulto, in multis tamen alienationibus, & casibus hæc generalis regula fallit, vel sine controversia non transit, & ideo ad plenam hac de re doctrinam aliquot dubitationes attingemus, & expediemus.

Utrùm requiratur consensus domini ad alienationem necessariam?

§. I

SUMMARIUM.

Ad alienationem necessariam rei emphyteuticæ, non requiritur consensus domini. n. 109.

Censeri ad hunc effectum alienationem necessariam, quæ fit authoritate judicis, per viam executionis sententiæ, nonnulli, affirmant. n. 110.

Vera tamen, & communis sententia est non esse alienationem necessariam ad prædictum effectum, quæ fit de mandato judicis ad satisfaciendum creditoribus, neque ulla alia, quæ habuit initium voluntarium, ut cui contractus, vel factum liberum causam dedit. n. 111.

Quæ alienatio censeatur necessaria ad prædictum effectum? eodem n. 111. *fine.*

Qua ratione intelligatur requiri de jure consensum domini ad alienationem rei emphyteuticæ? n. 112. *& seq.*

Assignantur aliqui casus, in quibus, etiam repugnante domino, res emphyteutica potest alienari. eod. n. 112.

Quando in contractu emphyteutico expresse cautum est, ne res possit alienari absque consensu domini, an tunc ultra requisitionem domini à jure præscriptam, requiratur expressa licentia domini ad rem alienandam? n. 113.

An ad dictum effectum, ut res emphyteutica possit alienari domino inconsulto, sufficiat necessitas alienandi ratione egestatis, famis, carceris, aut captivitatis? num. 114.

Primò

109 PRimò dubitatur, utrùm requiratur consensus domini ad alienationem necessariam? Respondetur negativè cum communi Doctorum, quam, relatis alijs, sequuntur Pinelus *in l. 2. Cod. de rescindend. vendit. cap. 3. p. 2. n.* 42. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 38. n.* 21. Caldas *de extinct. c. 6 n. 3. & 4.* Cabedo 1. *p decis.* 103. *n.* 4. Quamvis oppositum sentiant Petrus Barbosa *in l. usufructu. 58. n. 27. ff. soluto matrim.* ubi tamen fatetur magis receptum esse, *l. fin. Cod. de jure emphyt.* prohibentem alienari Emphyteusim domino irrequisito, non procedere de alienatione necessaria, & ita ibi resolvit per Jason *n.* 113. & per Ripam *in l. 1. n. 13. ff. de pignorib.* Explicat autem hoc esse verum, quādo alienatio non cedit in præjudicium domini. Fundamentum traditæ resolutionis est, quia quando lex prohibet alienationem, intelligitur de alienatione voluntaria, non autem de necessaria, ut sumitur *ex l. 1. ff. de fundo dotali*, ibi, *quia hac alienatio non est voluntaria, & ex l. 3. §. 1. ff. de rebus eorum, qui sub tutela*, ibi, *hæc enim alienatio non sponte tutorum fit, & ex l. alienationes*, 13. *ff. familiæ erciscundæ*, ibi, *alienationes enim post judicium acceptum interdictæ sunt, dumtaxat voluntariæ, non quæ vetustiorem causam, & originem juris habent accessoriam*; ubi notant communiter Doctores necessariam alienationem nunquam censeri interdictam.

110 Non levis autem difficultas est, quænam ad prædictum effectum censenda sit alienatio necessaria? Non pauci, quos refert Caldas *dicto cap. 6. num. 6.* existimarunt alienationē necessariam censeri, quæ fit authoritate judicis per viam executionis sententiæ. Cui resolutioni valde videtur favere Ordinatio Lusitana *lib. 3. tit. 93. §. finali*, ibi, *Se os bens, em que for feita a penhora, forem de foro, serão vendidos, & arrematados publicamente, a quem por elles mais der, sem embargo que no contrato do afforamento seja posto, que não possão ser vendidos, nem alheados sem licença do senhorio, porque a dita clausula não ha lugar na venda feita per necessidade, & mandado da justiça.* Consonat jus commune in *dicta l. 3. ff. de rebus eorum, in fine principij*, ibi *ex magistratuum authoritate, & §. 1.* ibi, *Valebit alienatio propter judicatæ rei authoritatem.*

Nihilominus tamen non esse alienationem necessariam ad effectū prædictum, quæ fit de mandato judicis ad satisfaciendum creditoribus, neque ullam aliam, quæ habuit initium voluntarium, ut cui aliquis contractus, vel factum liberum causam dedit, vera, & communis sententia docet, quam, relatis alijs, tenent Surdus *decis.* 254. *num.* 39. Meres *de maioratibus. 1. part q. 43. num.* 81. & Caldas *dicto cap. 6. num. 7. & 13.* Probatur satis apertè ex *dicta l. alienationes, ff. familiæ ercifcundæ*, ubi ea tantum appellatur alienatio necessaria ad dictum effectum, ut non censeatur interdicta, quæ originem juris habet necessariam. Vnde satis excluditur, quæ habet originem ex facto libero, Speciatim verò, quod non sufficiat fieri authoritate judicis compellentis rem vendi ad satisfaciendum creditoribus, constat ex eo quod factum judicis dicitur factum partis, *l. si ob causam, Cod. de eviction. & l. eleganter, in principio, ff. de pignoratitia actione*, Imola, Gregorius Lopes, Rolandus, & alij apud Caldas *sup. num.* 5. Neque obstat Ordinatio Lusitana *dicto tit.* 93. nam necessitas, de qua ibi loquitur, non tollit, quominus debeat requiri dominus, ut possit rem sibi accipere pro eodem pretio, ut expresse ibidem habetur, his verbis: *Serà porem o senhorio requerido ao tempo da rematação, se os quer tanto por tanto.* Et idem ferè repetitur *lib. 4. tit. 38. in principio.* Quando autem alienatio est simpliciter necessaria, ut quando fit necessariò causa religionis, 111

vel

das *de extinctione Emphyteusis*, *cap.* 3. *num.* 36. cui consonat Glossa *in l. ultima*, *verbo*, *alijs vendere*, *Cod. de jure emphyt.*

90 Secunda ratio est, ut dominus sibi possit consulere, impediendo ne Emphyteusis alienetur in aliquam personam, ex qua sibi damnum immineat, sive quia pensionem probabiliter non solvet, sive quia finita Emphyteusi non poterit res extrahi de ejus potestate, sive alia de causa. Vnde ad ejusmodi incommoda vitanda, non solùm jure cautum est, ut Emphyteusis absque consensu domini alienari non possit, verùm ipsi etiam domino conceditur jus prælationis, ut possit retinere sibi rem offerendo idem pretium, quo emphyteuta eam vult alienare, quemadmodum habetur *dicta l. ultima*, *Cod. de jure emphytentico*, & jure Lusitano, *dicto tit.* 38. *in principio*, & notat ad rem propositam Caldas *dicto capit.* 3. *numer.* 16. *alijsque in locis*, & Brittus *in cap. potuit*, §. 2. *n.* 3. *de locato.*

Vtrùm consensus domini requiratur ad Emphyteusim impropriè alienandam?

§. I.

SVMMARIVM.

Proponitur ratio dubitandi pro parte negativa, etiam spectato jure Lusitano. n. 91. *& seqq.*

Communis sententia est, posse ab emphyteuta concedi servitutem in re emphyteutica absque consensu domini. Et similiter posse subjici hypotheca, aut pignori. n. 93.

Proponitur ratio dubitandi pro parte affirmativa. n. 94.

Alienationes, impropriæ in duplici sunt differentia: quædam sunt, quibus naturalis possessio rei in alium transfertur: quædam verò, quibus non transfertur possessio, sed tantùm aliquod jus in re alteri conceditur. n. 95.

Difficultas verò non levis est, utrùm dictus consensus domini similiter requiratur ad Emphyteusim impropriè alienandam? Ratio dubitandi pro parte negativa est, quia leges obligantes ad non alienandam Emphyteusim absque consensu domini, sunt pœnales: imponunt enim pœnam commissi, & caducitatis in aliter alienantes: sic enim habet *dicta lex ultima*, *Cod. de jure emphytentico*, *in fine*, ibi, *sin aliter fuerit versatus*, *quam nostra constitutio disponit*, *jure emphyteutico cadat*, *& dicta l. Lusitana lib.* 4. *Ordin. tit.* 38. §. 1. ibi, *& o foreiro por esse mesmo feito perderà todo o direito que tiver na cousa aforada*, *& tudo ficarà devoluto*, *& applicado ao senhorio.* Constat autem ex supra dictis *n.* 87. in dispositione odiosa, & pænali nomine alienationis prohibitæ, non intelligi alienationem impropriam, sed tantùm propriam, & rigorosam. 91

Accedit, quod *in dicta l. ultima*, non fit mentio alicujus alienationis impropriæ, sed tantùm propriæ, nempè translationis rei emphyteuticæ in alium, eaque tantùm ibi prohibetur fieri absque consensu domini: ergo talis prohibitio ad impropriam alienationem extendi non debet, cum longe diversa ratio de illa sit: neque enim ex tali alienatione facta absque consensu domini sequuntur domino incommoda supra commemorata, *n.* 89. & 90. propter quæ vitanda cautum fuit, ut Emphyteusis absque domini cõsensu alienari non posset; nam cum per eam non transferatur jus emphyteuticum, non creatur novus aliquis emphyteuta, sed manet idem qui antea erat, pari modo obligatus 92

ad

ad pensionem, & ad cætera omnia, ac si nulla facta esset alienatio. Et similiter intelligi debet *l. Lusitan. dicto tit. 38. in principio*, ibi, *Não poderá vender, escambar, dar, nem alhear, &c. & §. 1:* ibi, *E sendo a venda, escambo, doação, ou outra qualquer alheação feita em outra maneira, &c.* nam quamvis per verba adeo generalia videatur comprehendere omnem alienationem, exponi debet de sola alienatione propria, ne exorbitet à jure communi, *in d. l. ultima*, ut advertit Gama *decis. 28. num. 2.* Et confirmatur, quia §. 2. utitur dicta lex regia eisdem verbis vendendi, permittendi, & quovis alio modo alienandi; quæ tamen juxta subjectam materiam, solùm possunt habere locum in alienatione propria, qua Emphyteusis in alium transfertur; quod est signum non cogitasse legislatorem in hac Ordinatione de alienationibus impropriis, vel certè voluisse ab illis abstrahere, ut hæc res secundùm jus commune, & receptas Doctorum sententias definiretur.

93 Tandem pro eadem parte facit, communem sententiam esse, posse ab emphyteuta concedi servitutem in re emphyteutica absque domini consensu, ut videre est apud Caldas *de extinctione, cap. 5. num. 8. & 10.* Pinelum *in l. 1. Cod. de bonis maternis, parte 3. num. 70.* Molinam Juristam *lib. 1. de primogenijs, cap. 20. num. 1. & 2.* Molinam Theologum *disput. 451. num. 3.* Augustinum Barbos. *in collectan. ad cap. potuit. de locato; num. 77.* Brittum *ibidem, §. 2. num. 19.* & Felicianum de Solís *de Censibus, tomo 2. cap. 4. num. 3. fine:* qui alios referunt, inter quos est Glossa *in l. 1. §. finali, verbo pretorio, ff. de superficiebus.* Item non prohiberi, saltem sub pœna commissi, quominus rem emphyteuticam possit subjicere hypothecæ, aut pignori domino inconsulto; quod tradunt Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 18.* Gama *dicta decis. 28. num. 2. & decis. 108. num. 2.* Caldas *dicto cap. 5. numer. 61.* Molina *dicta disp. 461. num. ult.* Aug. Barbos. *ubi sup. n. 81.* Brittus *in dicto cap. potuit, §. 2. num. 18. de locato,* Felician. Solís *de Censib. tomo 1. cap. 4. n. 15.* Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 3. n. 10.* & alij quos referunt. Cujus sententiæ eam rationem reddit Gama, & Caldas *locis proximè citatis*, quia licet concessio hypothecæ (& idem est de servitute) alienationem contineat, tamen emphyteutæ non est prohibita quælibet alienatio, sed ea tantùm, qua jus emphyteuticum transfertur. Id, quod apud Gamam, declarat etiam Jason *in l. 2. num. 82. Cod. de jure emphyteutico*, & alios eodem argumento utentes affert Caldas *dicto n. 61. fine.*

In contrarium tamen urget, quod plurimi, & gravissimi Doctores etiam ex proximè citatis asserunt non posse emphyteutam absque domini consensu locare rem emphyteuticam ad longum tempus, neque subemphyteuticare, neque usumfructum in ea constituere, eo quod per hujusmodi contractus ipsa res alienetur, licet per eos non transferatur jus emphyteuticum, & consequenter non fiat propria alienatio Emphyteusis, sed tantum impropria. Quin etiam multi ex prædictis Authoribus sentiunt, si emphyteuta ad longum tempus locet rem emphyteuticam; vel alium emphyteutam super ea constituat, domino inconsulto, incidere in commissum: Quæ non stant, nisi dicamus etiam impropriam alienationem rei emphyteuticæ fieri non posse ab emphyteuta absque consensu domini. 94

Vnde cum pro utravis parte graves adeo rationes urgeant, vix aliquid certi in proposita difficultate definiri potest. Attamen quid mihi verius, & expeditius videatur, breviter exponam. Ad quod ante omnia adverto alienationes impriprias in duplici esse differentia. Quædam enim sunt, quibus res quoad 95

naturalem possessionem transfertur in alium, cui simul aliquod ejusdem rei dominium conceditur; ut quando res locatur ad longum tempus, vel in Emphyteusim datur: aliæ sunt, quibus rei possessio non transfertur, sed tantùm jus aliquod in ipsa re alteri constituitur, ut quando res hypothecatur, aut servituti subjicitur. Adverto deinde dupliciter posse intelligi ejusmodi alienationem prohibitam; uno modo sub pœna commissi, ita ut alienans caducitatem incurrat: alio modo, ut actus quidem sit illicitus, & irritus, pœna tamen commissi non incurratur.

Resolvitur alienationem impropriam, qua possessio rei emphyteuticæ non transfertur, posse fieri absque consensu domini.

§. II.

SUMMARIUM.

Non requiritur consensus domini, ad alienationem, qua rei possessio non transfertur. n. 96.

Servitus potest imponi super re emphyteutica absque consensu domini in præjudicium solius emphyteutæ, ut scilicet solùm duret ad vitam ipsius. ibid.

Servitus imposita super re emphyteutica absque consensu domini transit cum ipsa re in quemcumque alium possessorem, & in ipsum etiam dominum, si titulo donationis, vel emptionis, aut alio simili in eum sit translata. n. 97.

An similiter dicta servitus transeat, quando res emphyteutica alijs modis transfertur? ibid.

Quando in contractu emphyteutico dominus expresse prohibuit alienari rem emphyteuticam absque suo consensu: tunc neque pro tempore vitæ suæ potest emphyteuta onus aliquod in ipsa re constituere. num. 98.

Quando servitus esset imposita super re emphyteutica de consensu domini, durabit tale onus etiam post Emphyteusim finitam, & ipsi etiam domino talis impositio nocebit. ibidem.

Eodem modo, quo potest constitui servitus super re emphyteutica, potest etiam constitui hypotheca: & quomodo hæc inter se æquiparentur. n. 99.

Quando dicitur posse rem emphyteuticam hypothecari ab emphyteuta absque consensu domini, intelligitur, dummodò sit spes luitionis: & quando talis spes detur, vel non detur. n. 100.

Si emphyteuta subjiciat rem hypothecæ absque consensu domini, & absque spe luitionis incidit in commissum, si ad rei traditionem accessit: secus autem, si res tradita non sit. ibidem.

IMprimis ergo, quod attinet ad alienationem, qua possessio rei emphyteuticæ non transfertur; resolutio sit, eam posse fieri ab emphyteuta absque consensu domini, saltem citra pœnam commissi. Ita sentiunt omnes, quos *supra num.* 93. commemoravimus, asserentes posse emphyteutam subjicere rem servituti, & hypothecæ, domino inconsulto; estque communis sententia. Cujus ea ratio est, quia per talem alienationem nullo modo res in alium transfertur, neque ullum domino infertur præjudicium; nam finita Emphyteusi, libera ad eum res est reversura. Neque obstat *l. ultima, Cod. de rebus alienis non alienandis*, ubi dicitur, quod prohibita simpliciter alienatione, etiam intelligitur prohibita hypotheca, & servitutis impositio. Nam hæc lex solùm procedit in materia favorabili, ut subnotavimus: quod autem in lege prohibente alienationem rei emphyteuticæ comprehendatur hypotheca, & servitutis costitutio, non pertinet ad fa- 96

ad favorem, aut commodum domini, cui talis lex favere intendit; siquidem nullum ex ejusmodi alienationibus improprijs illi sequitur præjudicium. Vnde notant communiter hujus sententiæ Authores in suum tantùm præjudicium posse emphyteutam servitutem constituere super re emphyteutica, quæ nimirum solùm duret ad vitam ipsius, vel quandiu jus emphyteuticum ad ipsum spectat. Nam cùm solùm ratione talis juris eam servitutem possit constituere, consequens est, ut eo jure resoluto, ipsa etiam servitus extinguatur juxta communem regulam, quod resoluto jure dantis, resolvitur etiam jus accipientis, *l. lex vectigali, ff. de pignoribus, l. si ex duobus, §. finali, ff. de in diem addictione, l. peto, §. prædium, ff. de legatis 2.* Et ita cum communi docent Molina Jurista *lib. 1. de primog. cap. 20. à num. 1.* alter Molina *disp. 461. n. 3.* & Caldas *de extinct. c. 5. n. 9.*

97 Bene tamen monet idem Caldas *num. 22. & sequenti*, si emphyteuta post servitutem in re emphyteutica sine domini consensu impositam, emphyteusim alicui vendat, aut donet, transire in eum rem emphyteuticam cum tali servitute; nam cùm is causam habeat ab ipso emphyteuta, eodem modo, & cum eodem onere illam obtinet. Vnde advertit ulterius, licet finita tali emphyteusi, aut per viam commissi extincta, res omninò libera ad dominum revertatur, oppositum tamen dicendum esse, si dominus illam emat, titulove donationis, aut alio simili, acquirat; quia tunc in eam succedit, quemadmodùm emptor, aut donatarius extraneus, in quem res transit cum sua causa, & onere, *l. traditio, §. 1. ff. de acquirendo rerum dominio, l. alienatio, ff. de contrahenda emptione.* Quod etiam, relatis alijs, tradit Augustinus Barbosa *in addit. ad remiss. Ordinat. Lusit. lib. 4. tit. 38. num. 108.* & idem Caldas *de extinctione, cap. 13. num. 35. & 36.* ubi advertit hoc non procedere, quando dominus jure prælationis retinet Emphyteusim pro eodem pretio, quo alteri vendebatur, sed tantùm quando illam emit, similive titulo acquirit, tamquam extraneus. Concordat Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, part. 3. sub num. 72. vers. utilior limitatio*, ubi alios refert. Similiter juxta eundem Caldas *dicto cap. 5. num. 24.* dicendum est non extingui dictam servitutem quando Emphyteusis esset hæreditaria, aut via nominationis transferretur in hæredem nominantis; quia hæres facto defuncti contraire non potest. Secus autem, quando esset ex pacto, & providentia, & per viam nominationis, aut alio modo transferretur in aliquem ad eam vocatum, qui hæres prædecessoris non esset; siquidem hic talem Emphyteusim capit à solo domino, qui eam liberam à tali servitute concessit, & cum non sit hæres prædecessoris, non tenetur conservare onus, cui ille eam subjecit.

Intellige autem hæc omnia, nisi in instrumento, & contractu emphyteutico adsit expresse domini prohibitio de re emphyteutica non alienanda; quæ prohibitio ordinariè apponitur. Nam tunc neque pro tempore vitæ suæ potest emphyteuta servitutem, aliudve onus in re emphyteutica constituere, estò aliàs ejusmodi alienatio et prohibita non esset, ut latè, relatis alijs, probant Molina Jurista *dicto c. 20. à n. 8.* & Caldas *dicto cap. 5. de extinctione, num. 30.* Ratio est, quia cùm leges simpliciter prohibeant alienari rem emphyteuticam absque consensu domini, si huic prohibitioni legali accedat prohibitio hominis, aliquid amplius debet operari, cum fortior sit duplex, quam simplex prohibitio, magisque rem afficiat; & ideo etiam in casu, quo stante prohibitione legis alineatio permittitur, intelligi debet prohibita 98

accedente hominis prohibitione. E contra verò, si servitus imponatur super re emphyteutica de consensu domini, notat optime idem Caldas n. 23. & cum alijs Augustinus Barbosa *in addit. ad remiss. circa Ord. reg. lib. 4. num. 109.* duraturam esse talem servitutem etiam post Emphyteusim finitam, ita ut ipsi etiam domino talis impositio noceat, juxta ea, quæ tradit Matth. de Afflictis *in cap. 1. §. quid ergo, cum seq. de investit. de re aliena facta.*

99 Et quæ dicta sunt de constitutione servitutis, eodem ferè modo procedunt in hypotheca, ut explicat latè Caldas *dicto cap. 5. de extinct. n. 74. & seq.* ubi bene docet, & probat hypothecã cum jure hypothecantis finiri; & consequẽter, si emphyteuta sine domini consensu rem hypothecavit, minime eam hypothecam nocere nominato ad Emphyteusim, quod is magis capiat à domino, quam à nominante. Item non nocere ipsi domino, finita enim Emphyteusi, rem ad illum reversuram esse liberam absque ullo nexu, & obligatione: cæterùm quod de nominato dicitur, intelligendum esse, nisi is sit hæres nominantis, quia etiam hæredis bona obligare possumus, ut per Neguzantium *de pignor. & hypothec. 2. membro, 2. p. n. 55. cum seqq.* vel nisi Emphyteusis esset hæreditaria; quia tunc successor caperet ab ipso emphyteuta, & ab eo causam haberet.

100 Illud etiam pro ejusmodi hypotheca diligenter notandum, quando dicimus posse rem emphyteuticam hypotecari absque consensu domini, intelligendum id esse, dummodò sit spes luitionis, id est, quod res à tali onere liberabitur; nam si talis spes non sit, ut quia res pypothecatur, aut datur in pignus pro debito æqualis, aut maioris pretij, censebitur ipsa res vendi, ut cum alijs advertunt Gama *decis. 108. n. 3.* Cald. *d. c. 5. n. 76.* Unde non modo censebitur nulla talis hypotheca, verùm poterit dominus exigere pœnam commissi, si modo emphyteuta ad rei ita hypothecatæ traditionem processisset; ut optimè notavit idem Cald. *n. 77.* ubi ex communi advertit, quod quando hypotheca est prohibita tamquam alienatio, intelligitur de reali, id est, traditione secuta, non verò de verbali. Qua ratione licet *in cap. 1. de prohibita feudi alienatione, per Federicum*, specialiter prohibeatur hypothecari res feudales, resolvunt communiter Doctores apud eundem Cald. feudatarium rem hypothecantem absque domini consensu, non incidere in commissum, antequam ad traditionem procedat.

Quid sentiendum de alienatione impropria, qua possessio rei emphyteutica transfertur.

§. III.

SUMMARIUM.

Verius in puncto juris videtur non prohiberi emphyteutam, saltem sub pœna commissi, ne rem emphyteuticam impropriè alienet pro tempore vitæ suæ, absque consensu domini, quamvis alienatio sit talis, ut rei possessio transferatur. n. 101.

Emphyteuta locans ad longum tempus rem emphyteuticam absque consensu domini non incurrit pœnam commissi. ibid.

Pœna privationis non habet locum, nisi reperiatur expressa. eodem n. 101.

Emphyteutam posse absque consensu domini constituere usumfructum super re emphyteutica, qui duret pro tempore, quo ipse emphyteuta vixerit, seu quo jus emphyteuticum ad ipsum spectat. n. 102.

Posse similiter absque consensu domini locari rem emphyteuticam ad longum tempus. n. 103.

Tam per constitutionem usufructus, quam per locationem ad longum tempus conce-

conceditur alteri dominium utile rei, & simul naturais rei possessio, ibidem.

Locationem ad longum tempus rei maioratui subjecta valere ad vitam possessoris locantis. eodem n. 103. fine.

Ordinatio Lusitana dum simpliciter prohibet alienari rem emphyteuticam absque consensu domini, intelligi debet de alienatione, qua jus emphyteuticum transfertur, ut non discrepet à l. ultima, Cod. de jure emphyteut. n. 104.

Semper in praxi consulendum est, ut etiam ad alienationem impropriam rei emphyteutica dominus consulatur. num. 105.

Quando in instrumento emphyteutico dominus expressit, ne res emphyteutica absque suo consensu alienaretur, qualibet ejus alienatio, etiam impropria, censetur prohibita. ibid.

Locationem ad longum tempus rei emphyteutica absque domini consensu, prohibitam esse, & locantem incidere in commissum, multorum sententia est, & ita in hoc regno fuit judicatum. eodem n. 105.

Emphyteuta, qui rem subemphyteuticat absque consensu domini, incidit in commissum juxta communem sententiam: quamvis oppositum in puncto juris fortè sit probabilius. n. 106.

Neque ad vitam solius concedentis posse rem subemphyteuticari absque consensu domini. eodem n. 106. fine.

Non posse etiam constitui usumfructum in re emphyteutica ad vitam constituentis absque domini consensu nonnulli docent. n. 107.

Potest tamen dari ejus commoditas. ibidem.

101 DEinde quod attinet ad alienationem impropriam alterius generis, qua videlicet possessio rei transfertur, verius in puncto juris videtur, non prohiberi emphyteutam, saltem sub pœna commissi, eam facere pro tempore vitæ suæ, seu quò jus emphyteuticum ad ipsum spectat, sicut de alienationibus, quibus possessio non transfertur, proximè dictum est. Et verò quod non prohibeatur sub pœna commissi sentiunt Carolus Molineus *in addition. ad Alexandrum, lib. 3. cons. 117. lit. A*, Covar. 2. *variar. c. 16. n. 2.* Pinel. *in l. 1. Cod. de bonis maternis, 3. p. sub num.* 64. Molina Jurista *lib. 1. de primog. c. 20. n. 17.* referens in eandem sententiam Beroium *in c. nulli, n. 32. de rebus Ecclesiæ non alienandis.* Quam sententiā sequutos aliquando fuisse regios Senatores Curiæ Lusitanæ testatur Cald. *de renov. quæst. 16. sub num. 17.* & in eam magis propendet Valascus *de jure emphyt. q. 29. n. 23.* Qui omnes loquuntur de locatione rei emphyteuticæ ad longum tempus, affirmantes propter illam absque domini consensu factam non incurri pænam commissi, nihil obstante, quod res per talem locationem dicto modo alienatur, ejusque possessio transfertur: unde idem fateri debent de quavis alienatione simili, qua rei possessio alteri acquiritur. Et probatur, quia pœna privationis non habet locum, nisi quando reperitur expressa, ut notant communiter Doctores cum Baldo *Authentica, ex testamento, column. penult. Cod. de collationibus*, per textum, *in Authentico, de non eligendis secundo nubentibus, §. cum igitur, collat. 2.* estque textus optimus, *in l. & siquis 14. vers. Divus, ff. de religiosis, & sumptibus funerum*: nullibi autem exprimitur, quod propter locationem ad longum tēpus, aliamve similem alienationem, cadat emphyteuta à jure suo. Confirmatur, nam leges prohibentes alienari rem emphyteuticam sub pœna commissi, debent intelligi de alienatione propria, qua jus emphyteuticum sine domini consensu in alium transfertur, ut efficaciter probant rationes dubitandi, quas *supra n. 51. & 52.* pro parte negativa propositæ difficultatis adduximus. Emphyteuta autem locans rem ad longum tempus, simili ve mo-

do eam alienans, quamvis possessionẽ transferat, & jus in re alteri tribuat, ipsum jus emphyteuticum non transfert, juxta communiorem sententiam.

102 Quod autem neque simpliciter prohibitum sit rem emphyteuticam dicto modo alienari pro tempore, quo emphyteuta vixerit, jusve emphyteuticum ad illum spectat, maiorem aliquam videtur habere difficultatem. Cæterùm hanc etiam partem satis approbant Barth. *in l. 3. §. ex contrario, n. 12. ff. de acquirenda possess.* ubi Alexander *n. 30. & 36.* & Iason. *num. 65.* idem Iason. *in l. finali, n. 118. Cod. de jure emphyt. & consil. 123. n. 1. lib. 4.* Baldus *in l. 1. §. item in fundo, ff. quibus modis ususfructus amittatur,* per textum ibi, & Molina Jurista *lib. 1. de primog. cap. 19. n. 23. & c. 20. n. 6.* Felician. de Solis *de Censib. lib. 2. c. 4. n. 38.* & plures alij, quos refert Caldas *de renovat. quæst. 16. ante num. 17. & de extinct. c. 5. n. 6.* & Emmanuel Barbosa *in remission. ad Ord. regiam, lib. 4. tit. 38. n. 26.* quatenus asserunt posse ab emphyteuta absque domini consensu constitui super re emphyteutica usumfructum pro tempore, quo Emphyteusis ad ipsum constituentem spectat: quod etiam admittunt Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 71. §. addo etiam,* & Barbosa *in l. usufructu, n. 15. ff. soluto matrimonio,* licet perperam negent esse verum usumfructum, quia vita, & jure concedentis pendet.

103 Est etiam in eadem sententia Carolus Molineus *in additionibus ad Alexandrum, lib. 3. consil. 104. n. 1. & consil. 119. n. 7. & in consuetudines Parisienses 2. p. §. 56. gloss. 1. n. 6.* quatenus probat, & tenet emphyteutam liberè posse Emphyteusim ad longum tempus locare, & Pinelus *dicto n. 71. vers. infertur etiam contra*, dum evidentis incohærentiæ damnat eos, qui admittunt posse emphyteutam servitutem, & usumfructum constituere super re emphyteutica, negant autem posse similiter eam locare ad longum tempus, cùm hoc sit minus, quàm usumfructum constituere. Quæ Doctorum sententiæ juxta nostram resolutionem procedunt, eamque confirmant, cùm tam per constitutionem ususfructus, quam per locationem ad longum tempus, concedatur alteri dominium utile rei, & simul naturalis possessio, ut videre est apud Valascum *de jure emphyt. q. 18. num. 2. & 3.* & apud Cald. *de extinct. c. 1. n. 9. & c. 5. n. 3. & 9.* alijsque in locis. Vnde nobiscum etiam in simili sentit Gama *decis. 192. n. 3.* post Pinelum, quem ibi citat, docens locationem ad longum tempus rei maioratui subjectæ valere ad vitam possessoris locantis.

Ratio hujus partis sumitur ex dictis, quia jure communi *in d. l. ultima, Cod. de jure emphyt.* solùm interdicitur, ne emphyteuta absque domini consensu transferat in alium rem emphyteuticam, jusve emphyteuticum, quod in illa habet, juxta quod jus intelligi debet Ordinario Lusitana prohibens simpliciter rem emphyteuticam alienari absque consensu domini, prout hæc omnia, §. 1. *n. 92.* in secunda ratione dubitandi pro negativa parte difficultatis propositæ explicata sunt. Per alienationem autem impropriam, de qua hîc loquimur, non transfertur simpliciter res emphyteutica, neque jus emphyteuticum, hoc enim penes ipsum emphyteutam alienantem manet: ergo non prohibetur talis alienatio. Præterea stat etiam pro hac parte illa ratio, quia prohibita simpliciter alienatione, non intelligitur prohibita ulla alienatio impropria, nisi quatenus id spectat ad favorem, & commodum ejus, in cujus gratiam res prohibetur alienari, ut supra notavimus. Quod autem res emphyteutica non alienetur dicto modo impropriè per locationem ad longum tempus, aliave ratione, qua ejus possessio alteri acquiratur, non spectat ad commodum domini 104

mini directi, in cujus gratiam leges vetant, ne absque ejus consensu res emphyteutica alienetur; siquidem talis alienatio solùm fit pro tempore, quo jus emphyteuticum ad alienanté spectat, eoque jure resoluto, manet res libera: ergo non debet intelligi prohibita per leges simpliciter prohibentes rem emphyteuticam alienari domino irrequisito.

105 Quamvis autem hæc veriora, & expeditiora videantur in puncto juris, & pro usu scholarum: tamen in praxi semper consulendum est, ut etiam ad ejusmodi alienationes improprias dominus consulatur. Tum quia ultra prohibitionem juris ferè semper intervenit expressa prohibitio domini vetantis in instrumento emphyteutico alienari rem absque ipsius domini consensu: in quo eventu omnis rei alienatio, etiam impropria, censetur prohibita, ut jam *supra n.* 98. advertimus. Tum maximè, quia etiam alienationes impropriæ, de quibus hîc loquimur, frequenter à Doctoribus reprobantur, tanquam à jure prohibitæ, si fiant domino irrequisito. Triplex quippe est alienatio impropria, qua rei possessio simul cum aliquo ejus dominio, jureve in ipsa re alteri conceditur. Vna est locatio ad longum tempus, id est ad decennium, aut ultra, altera est concessio rei in Emphyteusim, aut subemphyteusim. Tertia est concessio rei, quo ad usumfructum. Non posse autem locari rem emphyteuticam ad longum tempus absque consensu domini, & locantem incidere in commissum, tenent, relatis alijs, Gama *decis.* 26. *ad finem*, ubi testatur ita judicatum fuisse per Senatores regios in quadam causa Baronis de Alvito, contra quemdam ejus emphyteutam. Caldas plurimos referens, *de extinct. cap.* 1. *n.* 14. *& de renovat. quæst.* 16. *n.* 11. *juncto n.* 17. ubi affirmat hanc esse communem sententiam, Mol. *disp.* 461. *n.* 2. & Frag. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 1. *num.* 13. qui Authores, licet loquantur absolutè non exprimendo casum, quo locatio fieret solùm ad vitam locantis, & ideo posset eorum sententia non incongruè exponi, ut solùm procedat de locatione, quæ cùm vita Emphyteutæ locantis finienda non sit, quæ sola potest cadere in præjudicium domini directi: tamen, si mens horum Authorum consulatur, etiam de locatione ad vitam locantis videntur intelligendi. Quod etiam admittit Brittus *in dicto cap. potuit*, §. 2. *n.* 17. *de locato*.

106 Similiter non posse ab emphyteuta rem alteri emphyteuticari, seu subemphyteuticari, domino inconsulto, resolvimus *supra*, *disp.* 2. *sect.* 4. *n.* 51. cum Valasco; Gama, Caldas Pereyra; Molina, & alijs communiter: & licet hi Authores facilè possint intelligi, ut solùm loquantur juxta cõmunem sententiam, quæ tenet per subemphyteuticationem transferri, & alienari simpliciter jus emphyteuticum, ita ut non maneat utile dominium rei penès subemphyteuticantem, sed totum transferatur in subemphyteutam: cujus oppositum probabile esse, imò probabilius in rigore juris defendimus *d. sect.* 4. §. 1. attamen, cùm à communibus sententijs in praxi recedendũ non sit, satis intutum, & periculosum erit, si emphyteuta rem alteri subemphyteuticet, domino irrequisito, cùm talis subemphyteuticatio juxta dictam cõmunem sententiam, propriam juris emphyteutici alienationem contineat; quæ domino irrequisito fieri non potest, citra pœnam commissi. Et ita in commissum incidere emphyteutam, qui absque domini consensu rem subemphyteuticat, resolvit absolutè Caldas *de renovat. q.* 16. *ante numerum* 11. & Brittus *in dicto cap. potuit*, §. 2. *n.* 17. *post medium*. Et supponit tamquam in jure dispositum Valascus *de jure emphyt. q.* 29. *num.* 23. Item neque ad vitam solius concedentis posse subemphyteuticari rem emphyteuticam absque

109 PRimò dubitatur, utrùm requiratur consensus domini ad alienationem necessariam? Respondetur negativè cum communi Doctorum, quam, relatis alijs, sequuntur pinelus *in l. 2. Cod. de rescindend. vendit. cap. 3. p. 2. n. 42.* Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 38. n. 21.* Caldas *de extinct. c. 6 n. 3. & 4.* Cabedo *1. p decis. 103. n. 4.* Quamvis oppositum sentiant Petrus Barbosa *in l. usufructu. 58. n. 27. ff. soluto matrim.* ubi tamen fatetur magis receptum esse, *l. fin. Cod. de jure emphyt.* prohibentem alienari Emphyteusim domino irrequisito, non procedere de alienatione necessaria, & ita ibi resolvit per Jason *n. 113.* & per Ripam *in l. 1. n. 13. ff. de pignorib.* Explicat autem hoc esse verum, quãdo alienatio non cedit in præjudicium domini. Fundamentum traditæ resolutionis est, quia quando lex prohibet alienationem, intelligitur de alienatione voluntaria, non autem de necessaria, ut sumitur *ex l. 1. ff. de fundo dotali*, ibi, *quia hac alienatio non est voluntaria*, *& ex l. 3. §. 1. ff. de rebus eorum, qui sub tutela*, ibi, *hæc enim alienatio non sponte tutorum fit*, *& ex l. alienationes, 13. ff. familiæ ercifcundæ*, ibi, *alienationes enim post judicium acceptum interdictæ sunt, dumtaxat voluntariæ, non quæ vetustiorem causam, & originem juris habent accessoriam*; ubi notant communiter Doctores necessariam alienationem nunquam censeri interdictam.

110 Non levis autem difficultas est, quænam ad prædictum effectum censenda sit alienatio necessaria? Non pauci, quos refert Caldas *dicto cap. 6. num. 6.* existimarunt alienationẽ necessariam censeri, quæ fit authoritate judicis per viam executionis sententiæ. Cui resolutioni valde videtur favere Ordinatio Lusitana *lib. 3. tit. 93. §. finali*, ibi, *Se os bens, em que for feita a penhora, forem de foro, serão vendidos, & arrematados publicamente, a quem por elles mais der, sem embargo que no contrato do afforamento seja posto, que não possão ser vendidos, nem alheados sem licença do senhorio, porque a dita clausula não ha lugar na venda feita per necessidade, & mandado da justiça.* Consonat jus commune in *dicta l. 3. ff. de rebus eorum, in fine principij*, ibi *ex magistratuum authoritate, & §. 1.* ibi, *Valebit alienatio propter judicatæ rei authoritatem.*

Nihilominus tamen non esse alienationem necessariam ad effectũ prædictum, quæ fit de mandato judicis ad satisfaciendum creditoribus, neque ullam aliam, quæ habuit initium voluntarium, ut cui aliquis contractus, vel factum liberum causam dedit, vera, & communis sententia docet, quam, relatis alijs, tenent Surdus *decis. 254. num. 39.* Meres *de maioratibus. 1. part q. 43. num. 81.* & Caldas *dicto cap. 6. num. 7. & 13.* Probatur satis apertè ex *dicta l. alienationes, ff. familiæ ercifcundæ*, ubi ea tantum appellatur alienatio necessaria ad dictum effectum, ut non censeatur interdicta, quæ originem juris habet necessariam. Vnde satis excluditur, quæ habet originem ex facto libero, Speciatim verò, quod non sufficiat fieri authoritate judicis compellentis rem vendi ad satisfaciendum creditoribus, constat ex eo quod factum judicis dicitur factum partis, *l. si ob causam, Cod. de evictiòn. & l. eleganter, in principio, ff. de pignoratitia actione*, Imola, Gregorius Lopes, Rolandus, & alij apud Caldas *sup. num. 5.* Neque obstat Ordinatio Lusitana *dicto tit. 93.* nam necessitas, de qua ibi loquitur, non tollit, quominus debeat requiri dominus, ut possit rem sibi accipere pro eodem pretio, ut expresse ibidem habetur, his verbis: *Serà perem o senhorio requerido ao tempo da rematação, se os quer tanto por tanto.* Et idem ferè repetitur *lib. 4. tit. 38. in principio.* Quando autem alienatio est simpliciter necessaria, ut quando fit necessariò causa religionis, vel 111

in rigore juris videantur vera, credo tamen, quod in praxi sufficit requiri; vel admoneri dominum ante alienationem consumatam, juxta dispositionem legis Lusit. *lib.4. tit. 38. in principio*, & non oportere alium domini consensum obtinere, etiam si expresse cautum sit in instrumento emphyteutico; ut res absque domini consensu alienari non possit.

114 Illud etiam dubio non caret, an ad prædictum effectum, ut res possit alienari, inconsulto domino, sufficiat necessitas ratione egestatis, famis, carceris, aut captivitatis, à qua emphyteuta liberari non possit, nisi Emphyteusim vendat? Ratio dubitandi pro parte affirmativa est. Primò, quia bona Ecclesiæ, urgente simili necessitate, possunt alienari inconsulto Summo Pontifice, ut omnes pro comperto habent. Secundò, quia pater, cogente fame potest vendere filium, quem habet sub sua potestate, ut per textum *in l. 2. Cod. de patribus, qui filios suos distraxerunt*, tradunt communiter Doctores. Nihilominus pars negativa est communis Doctorum *in cap. 1. quibus modis feudum amittitur*; & ita in praxi, observari testatur Caldas *de extinct. cap. 6. num. 18.* cui sententiæ adhærendum esse censet *n. 12* ubi alios pro ea refert. Neque obstant rationes dubitandi pro contraria parte: nam in illis casibus ipsamet jura eam facultatem concedunt. In nostro verò casu jus id non admittit, nisi requisito domino, cui non debet inferri præjudicium propter illas necessitates emphyteutæ; cùm is, etiam requirendo ipsum dominum, sibi subvenire possit, regulariter loquendo: alioqui, cùm ordinariè nemo res suas vendat, nisi coactus aliqua simili necessitate; magnum aperiretur ostium ad alienandas Emphyteuses domino inconsulto; cum magno eorum præjudicio, quod tolerandum non est.

Vtrùm sit necessarius consensus domini ad alienandam Emphyteusim ex causa dotis?

§. II

SUMMARIUM.

Quando mulier habens Emphyteusim dat illam viro in dotem, non est ad id necessarius consensus domini. Neque tunc debetur laudemium: secus autem dicendum, si talis mulier in dotem daret Emphyteusim æstimatam, æstimatione venditionem faciente. n. 115.

Quandò mulier daret viro Emphyteusim in dotem, sub pacto, ut vir eam sibi lucraretur; consensus domini requiritur. ibid.

Quando pater dat Emphyteusim pro dote filiæ; prima sententia absolutè negat necessarium esse consensum domini ad talem alienationem. n. 116.

Ponitur hujus sententiæ fundamentum num. 117.

Vtrùm hæc sententia procedat, sive Emphyteusis detur in dotem æstimata, sive inæstimata? n. 118.

Ampliatur dicta prima sententia; ut procedat, etiam quando pater dat Emphyteusim filio in donationem propter nuptias. Item; ut etiam procedat in matre dotante filium; & in fratre dotante sororem: eodem num. 117.

Ampliatur prætereà eadem prima sententia, ut absolutè non requiratur consensus domini ad alienandam Emphyteusim in filium. n. 118.

Secunda sententia affirmat absolutè necessarium esse consensum domini, ut pater possit dare Emphyteusim in dotem pro filia. n. 119.

Limitatur, nisi filia esset de personis comprehensis in concessione emphyteutica. ibidem.

Tertia sententia, quæ probabilior judicatur, tenet posse patrem sine consensu domini dare Emphyteusim in dotem pro filia; si non

si non habeat alia bona, ex quibus filiam dotare possit: secus autem, si ea habeat. n. 120. & seq.

Reijcitur Petrus Barbosa, dum vult, solùm in eo casu non censeri prohibitam alienationem necessariam, quando tantùm agitur de præjudicio alienantis. numero 121.

Vtrùm spectato jure Lusitano, possit pater dare Emphyteusim pro filia absque consensu domini, quemadmodùm secundùm jus commune? Proponitur ratio dubitandi. n. 122.

Prima sententia negans. n. 123.

Secunda sententia affirmans. n. 124.

Præfertur secunda sententia. n. 125.

Etiam si admittamus prohiberi lege Regia, dari Emphyteusim in dotem pro filia absque domini consensu, id debet intelligi solùm de Emphyteusi profana. eod. num. 125.

Quando Emphyteusis datur in dotem pro muliere extranea, an sit necessarius consensus domini? n. 126.

115 DUbitatur secundò, utrùm sit necessarius consensus domini ad alienandam Emphyteusim ex causa dotis? Plures hac re distinguendi sunt casus. Primus est, quãdo mulier habens Emphyteusim dat illam viro in dotem. In hoc eventu non esse necessarium consensum domini censent cum alijs Barbosa *in l. usufructu, 58. sub num 24. ff. soluto matrim.* Valasc. *consult. 113. num. 2.* Caldas *de extinct. cap. 10. num. 32.* & Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 1. sub num. 6. vers. nihilominus in hoc.* Et meritò, quia talis Emphyteusis non alienatur simpliciter, manet enim sub dominio uxoris; & solùm quo ad aliquos effectus censetur transire in virum, quod est commune omnibus rebus dotalibus, quæ viro dantur inæstimatæ, juxta *l. in rebus, Cod. de jure dotium.* Et licet demus, revera eam Emphyteusim alienari simpliciter in virum, talis alienatio solùm durat, quãdiu matrimonium non dissolvitur: prohibitio autem, ne res emphyteutica alienetur inconsulto domino, procedit tantum de alienatione perpetua, juxta Barb. & alios, quos refert *d. n. 24.* Unde addit bene Valasc. *n. 3.* non deberi in hoc eventu laudemium. Si autem mulier illa in dotem daret Emphyteusim æstimatam, æstimatione venditionem faciente, monet bene idem Barb. *n. 25.* necessarium esse consensum domini; quia esset alienatio perpetua, & simpliciter: & idem tradit Valasc. *n. 3. & 6.* addens deberi tunc laudemium, ubi Emphyteusis sic traditur marito. Similiter requiri consensum domini ob eandem rationem, quando mulier daret Emphyteusim viro sub tali pacto, ut eã sibi lucraretur, docet Barb. *d. n. 25.*

Secundus casus est, quando pater dat Emphyteusim pro dote filiæ. Varij admodum hac in re sunt Doctores quorum placita ad tres principales quæstiones reduci possunt. Prima absolutè negat, esse necessarium consensum domini ad ejusmodi alienationem. Hanc tenet Speculator *tit. de locato, §. nunc aliqua, num. 133. aliàs 109.* & ibi Joannes Andr. Jason. *in l. ultima, num. 107. Cod. de jure emphyteutico*, Hypolitus *singulari 443. in fine*, Padilha *Authentica, res, quæ, n. 103. Cod. communia de legatis*, Gama *decis. 127. n. 2. & decis. 242. n. 1. & 5. & dec. 244. n. 6.* ubi dicit, hanc esse magis communem opinionem Valasc. *dicta consultat. 113. à num. 9.* Cabedus *1. p. decis. 103. n. 4* Mol. *disp. 461. n. 7.* Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 1. n. 5.* August. Barbos. *in additionib. ad remiss. Ordinationis Lusitanæ, lib. 4. tit. 38. n. 180.* & alij quos referunt. Videtur etiam tenere Brittus *in c. potuit, §. 2. n. 15. ad med. de locato.* 116

Hujus sententiæ fundamentum sumitur ex *dicta Authentica, res, quæ, Cod. communia de legatis,* ubi res subjectæ restitutioni, & alienari prohibitæ permittuntur alienari in filios causa dotis, vel donationis propter nuptias; & 117

ex

ex l. finali, *C. de litigiosis*, ubi non obstante prohibitione; ne res litigiosæ alienentur, permittitur earum alienatio nomine dotis, vel donationis ante nuptias. Probatur præterea, quia quando pater dat Emphyteusim pro dote filiæ, talis alienatio est necessaria, *l. qui liberos 19. ff. de ritu nuptiarum:* ad alienationem autem necessariam non requiritur consensus domini. Alia fundamenta videri possunt apud Valascum *supra* qui dupliciter hanc sententiam ampliat. Primò, ut procedat etiam quando pater dat Emphyteusim filio in donationem propter nuptias; pro qua ampliatione refert Speculatorem, & Carolum Molineum Atque idem tenet Molina *disput. 461. num. 7.* nam dos, & donatio propter, nuptias à pari procedunt. Secundò, ut procedat etiam in matre dotante filiam, & in fratre dotante sororem, juxta Baldum *in l. voluntas, col. 2. C. de fideicommissis*.

118 Quin etiam idem Valascus, *consultat. 71. fine*, absolutè videtur sentire non requiri consensum domini ad Emphyteusim in filium alienandam. Loquens enim de quadam Emphyteusi nominationis, quam parentes transtulerunt in filium nominatum, sic ait. *Cùm in hac specie in filium facta esset alienatio, & filius abintestato esset successurus, non videtur incurri commissi pœna. Iason. consil. 64. num. 3. lib. 3. Felin. Cod. quæ in Ecclesiam, num. 38. de constit. & ex prædictis per omnia fuit judicatum.* Ita Valascus. Si autem quæras, utrùm prima dicta sententia procedat, sive Emphyteusis detur in dotem æstimata, sive inæstimata? Affirmat Molina *dicto num. 7.* cum ijs, quos refert. Negat autem Valascus *n. 17.* ubi plures pro eadem parte refert, qui asserunt non procedere, quando datur æstimata æstimatione venditionem faciente, quæ, opinio tenenda est, cum ad venditionem Emphyteusis consensus domini requiratur. Quod etiam cum alijs sentit Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 1. sub n. 6. vers. ego tamen.* Unde in eo etiam eventu laudemium debetur, ut idem Valascus advertit.

Secunda sententia principalis absolutè affirmat esse necessarium consensum domini, ut pater possit dare Emphyteusim in dotem pro filia. Hanc sequitur Caldas *de extinct. cap. 10. num. 32.* & relatis alijs, Barbosa *in l. usufructu. 58. num. 26. ff. soluto matrimonio.* Ubi in eo tantùm casu admittit posse à patre dari Emphyteusim in dotem filiæ absque domini consensu, quando filia esset de personis comprehensis in concessione emphyteutica: ut quando emphyteusis esset accepta pro se, & uno ex filijs; vel, si esset hæreditaria, in cujus concessione filia, & cæteri hæredes necessarij comprehensi sunt; eo quod tunc videtur dominus directus statim à principio dedisse licentiam, ut Emphyteusis posset ad tales personas transire: quando autem filia non esset de his personis, censet necessarium esse consensum domini propter generalem regulam, *l. ultima, Cod. de jure emphyteutico*, ubi absolutè interdicitur alienatio Emphyteusis, domino inconsulto. Neque in contrarium, inquit, facit *dicta Authentica, res, quæ, Cod. communia de legatis*, qua prima sententia nititur: nam, ut ejus decisioni sit locus, duo copulativè requiruntur, & quod ascendens prohibitionem alienandi fecerit, & quod agatur de dote descendentium ab illo: dominus autem directus, qui prohibitionem videtur fecisse, ne Emphyteusis alienetur, non est ascendens respectu emphyteutæ, & consequenter neque filij istius sunt descendentes respectu ipsius domini. Neque etiam videtur urgere *dicta l. finalis, Cod. de litigiosis*, quia alienatio rei litigiosæ solum prohibetur ad vitandam fraudem, ne de industria res alienetur in alium cum quo pars æquo marte litigare non possit: cujus fraudis suscipio 119

cessat in alienatione causa dotis; & ideo faciliùs tolerari potuit, quam alienatio rei emphyteuticæ, in qua non agitur de vitandis fraudibus, sed de vitando præjudicio, quod domino infertur, ex eo, quod res absque ejus consensu alienetur. Et quod tandem pro eadem prima sententia adducitur, alienationem Emphyteusis ob dotem filiæ esse necessariam, in primis non concludit, quando pater est dives, & habet bona libera, ex quibus filiam dotare possit. Deinde estò sit pauper, & alijs bonis careat, & sic urgeat necessitas dotandi filiam ex bonis emphyteuticis, ea necessitas, inquit Barb. *sup. n.* 27. non tollit quominus requiratur consensus domini; nam quod dicitur prohibitionem alienationis non procedere de alienatione necessaria, intelligitur, quando alienatio tantummodò cedit in præjudicium possidentis, seu alienantis; non verò quando cedit in præjudicium alterius, ut in præsenti casu, in quo agitur de præjudicio domini; cujus proinde consensus etiam ad alienationem necessariam requiritur.

120 Tertia sententia, cui tanquam probabiliori adhæreo, est media inter præcedentes: docetque, si pater non habeat alia bona, ex quibus sufficientem dotem filiæ constituat, posse ei dare Emphyteusim in dotem absque domini consensu: secùs autem, si habeat alia bona ad id sufficientia. Hanc sequuntur Aymon *consil.* 215. *num.* 6. & Rolandus *de lucro dotis, quæst.* 54. *num.* 7. pro ut eos refert Barbosa *sup. num.* 26. Sequitur in feudo Afflictis, *in cap. notabili* 13. *num.* 86. *vers. & primo fallit, de prohibita feudi alienatione, per Federicum*, referens pro eadem sententia Andream de Isernia, Salicet. & alios, quibus accedit Anton. de Padilha in dicta Authentica, *Res, quæ Cod. communia de legatis*, *num.* 105. ubi resolvit, quod licet *ex cap.* 1. *§. donare, qualiter olim feudum alienari poterat*, videatur constare inter Doctores non posse feudum dari in dotem pro filia, tamen non videri habere locum, quando pater non habet bona libera, ex quibus filiam dotare possit, sicut in rebus fideicommisso subjectis resolvitur *in dicta Authentica, res, quæ*. Et hinc sumitur fundamentum primum hujus sententiæ. Nam in dicta Authentica solùm permittitur alienari fideicommissum ex causa dotis, vel donationis propter nuptias, quando pater non habet alia bona, ex quibus possit competentem dotem filijs constituere.

Secundum fundamentum est, quia in eo tantum eventu, in quo pater alia bona non habet, urget necessitas alienandi Emphyteusim ad dotandos filios: prohibitio autem alienandi Emphyteusim absque domini consensu non habet locum in alienatione necessaria sed tantùm in voluntaria, ut in prima dubitatione resolvimus. Neque admittendum est, quod Barbosa *dict. numero* 27. opponit, in eo tantùm casu non censeri prohibitam necessariam alienationem, quando solùm agitur de præjudicio possidentis, seu alienantis, non verò quando agitur de præjudicio alterius, quia nullo textu id probat, & in specie, de qua loquimur, receptius est non censeri prohibitam alienationem necessariam sine domini consensu, estò in aliquod ejus præjudicium id cedat. Quod confirmari potest *ex dicta Authentica, res, quæ*, ubi agitur de magno præjudicio fideicommissarij, & nihilominus eo non obstante, alienatio fidei commissi permittitur ob necessitatem dotandi filios: unde à fortiori dicendum de alienatione Emphyteusis absque domini consensu, cum multo minus præjudicium domino inferatur per talem alienationem, quam fideicommissario per alienationem fideicommissi, ut per se patet. 121

Adhuc tamen superest difficultas, utrùm quemadmodùm spectato ju- 122

re

jure communi, juxta primam, & tertiam sententiam, potest emphyteuta dare Emphyteusim in dotem pro filia, absque domini consensu, saltem quando talis Emphyteuta non habet bona libera, ex quibus filiam dotare possit, ita etiam id possit efficere, spectato jure Lusitano? Ratio dubitandi est, quia *lib. 4. Ordin. tit. 38. in principio.* sic habetur: *E no caso, em que o foreiro a quizer doar, ou dotar, (id est, a cousa aforada) não lhe pagarà quarentena (scilicet, ao senhorio.) E toda via lh' farà a saber, pera ver se tem algum legitimo embargo.* Vbi vides postulari generaliter, ut admoneatur dominus, quando emphyteuta voluerit dare rem alicui in dotem.

Hac igitur lege spectata censet
123 Valascus, *dicta consultatione* 113. *numero* 19. *& sequentibus*, non posse patrem dare rem emphyteuticam in dotem pro filia absque domini consensu, seu domino non admonito, antequam rem tradat, alioqui incidere in commissum. Idem probat Caldas *de extinct. cap.* 10. *num.* 31. & videtur sentire Molina *dicta disp.* 461. *num.* 7. Atque ita judicatum fuisse in quadam causa per Senatores regios testatur Gama *decis.* 232. *numer.* 5. Adstipulatur, ex parte Brittus *in dicto cap. potuit*, §. 2. *num.* 16. *de locato*, dicens requiri omninò consensum domini; at si Emphyteusis dotetur, non æstimata æstimatione vẽditionem faciente, non incurri pœnam commissi. Suadetur hæc sententia primò, quia lex generalis comprehendit omnes casus, & personas, etiam si in una sit maior ratio, quam in alia *l. infraudem*, §. *finali*, ibi, *quia generalis est ista determinatio*, *ff. de testamento militis*: ergo, cùm dicta lex regia procedat generaliter, comprehendit quamlibet dotationem, qua res emphyteutica alienetur, sive detur pro filia, sive pro extranea, in qua maior est ratio. Secundò, quia leges ad frequentiora adaptantur, *l. nam ad ea, ff. de legibus*; & frequentius dotantur filiæ, quam extraneæ. Quod autem incidatur in commissum, si Emphyteusis aliter dotetur, inde convincitur, quia alioqui esset lex frustratoria; & prætereà, quia statim §. 1. apponitur pæna commissi in aliter alienantes.

Contrariam nihilominus sententiam tenet Gama *decis.* 127. *numer.* 2. ubi testatur, ita judicatum fuisse per Senatores regios in causa, quam ibi refert, *& decis.* 244. *num.* 6. Item sæpe ita judicatum se vidisse in hoc regno affirmat Valasc. *d. consult.* 113. *num.* 19. & facit, quod tradit Cabed. *d. decis.* 103. *num.* 4. ubi affirmat admissum esse in praxi, ut ne ad apprehendendam possessionem Emphyteusis data in dotem pro filia requiratur domini consensus, vel admonitio; atque ita tenendum esse; quicquid Valascus contradicat, *q.* 14. *de jure emphyteuticorum.* 10. & idem tradit Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 1. *sub num.* 5. *vers. contrarium nihilominus.* Fundamentum hujus sententiæ est. Primò, quia lex regia ita debet exponi, ut non deviet à jure communi, nisi ubi contrarium expresserit: semper enim vitanda est juris antiqui correctio, quantum fieri possit; & lex nova per antiquiores declaratur *l. sed & posteriores, ff de legibus*; igitur, cùm secundùm jus commune permissum sit patri, ut Emphyteusim dare possit in dotem pro filia absque domini consensu, & admonitione, non obstante *l. ult. Cod. de jure emphyteut.* vetante alienari Emphyteusim, domino inconsulto, idem censendum est, non obstanre d. lege regia, quãvis absolutè vetet dotari rem emphyteuticã, omissâ domini admonitione, quia potest intelligi de dotibus, quæ non dantur pro filijs, sed pro extraneis. Secundò, quia causa finalis dictæ legis regiæ fuit, ut dominus videret, an haberet aliquam legitimam exceptionem adversus personam dotatam, ut ibidem exprimitur: hæc autẽ causa cessat in dotatione filiarũ, quę regulariter sũt personę habiles, &

& omni exceptione maiores. Tertiò, quia casus necessitatis semper censetur exceptus in prohibitione alienationis, prout supra explicatum est: pater autem necesse habet dotare filiam: ergo ubi hæc causa urget, non debet censeri prohibitus, quominus possit Emphyteusim alienare, domino inconsulto.

125 Hæc secunda sententia mihi magis placet, quia est magis consona æquitati, & pietati, & videtur esse in praxi, non solùm, quia sæpe juxta illam judicatum est, teste Valasco *dicta consult.* 113. *num.* 19. sed etiam, quia cùm sæpe contingat alienari Emphyteuses ad dotandas filias, dominis inconsultis, non audimus, dominos de tali alienatione conqueri; imò de multis scimus id non curasse: & hanc esse praxim videtur affirmare idem Valascus, *de jure emphyteut. q.* 18. *num.* 28. ut illum interpretatur Cabedus *dicto num.* 4. Illud præterea notandum, quamvis admittamus dicta l. regia prohiberi alienationem Emphyteusis, etiam pro dotandis filiabus, hanc prohibitionem solùm procedere de Emphyteusibus profanis, non autem de Ecclesiasticis, in quibus servandum est jus commune, quod optimè advertit Gama *d. decis.* 127. *num.* 3. & probat Molina *d. disp.* 461. *n.* 7.

126 Tertius casus est, quando Emphyteusis datur in dotem mulieri extraneæ. In quo eventu aliqui sic distinguunt, ut si Emphyteusis detur in dotem æstimata, requiratur consensus domini: secus autem, si detur inæstimata. Ita Jason *in l. finali, num.* 108. *Cod. de jure emphyt.* & Imola *in cap. potuit, de locato*, prout eos refert Valasc. *d. consult.* 113. *num.* 18. ubi etiam pro eadem sententia adducit Beroium *in d. cap. potuit, n.* 108. *in fine*, quamvis hic Author non constituat specialitatem in persona extranea. Nihilominus tamen esse absolutè necessarium domini consensum ad alienandam Emphyteusim pro dotanda extranea, communiter videntur sentire Doctores; & ita expresse docet Valascus *dicto num.* 18. Gama *decis.* 116. *num.* 4. & *dicta decis.* 127. *n.* 3. & *decis.* 244. *num.* 6. Mol. *dicta disp.* 461. *num.* 7. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 1. *sub num.* 6. *vers. secus dicendum.* Idemque plane volunt, qui excusantes patrem à petendo consensu domini pro filijs dotandis, nihil omnino dicunt de dotatione extraneorum; quo manifestè supponunt in his consensum domini requiri. Et verò in dotatione personæ extraneæ cessant rationes, ex quibus supra admisimus non oportere admoneri dominum pro alienatione ad dotandas filias. Quare sententia hæc tanquam communis, & vera tenenda est.

Vtrùm habens potestatem nominandi ad Emphyteusim possit illam transferre per viam nomenationis absque consensu domini?

§. III.

SVMMARIVM.

Oportere in hoc casu admoneri dominum, prima sententia tenet. n. 127.

At opposita sententia videtur communis, eaque tenenda est. n. 128.

Vtrùm oporteat admoneri dominum, quando emphyteuta habens facultatem nominandi ad Emphyteusim, illam transfert titulo donationis, aut dotis? Respondetur negativè, non solùm quando emphyteuta expresse diceret, se nominare talem personam, cui Emphyteusim donat, aut dotat; sed etiam quando simpliciter diceret, se illi donare, aut dotare Emphyteusim. num. 129. & 130.

Quando habens facultatem nominandi ad Emphyteusim, dicit in testamento, se

se eam relinquere tali personæ, valet illud relictum in vim nominationis. eodem num. 130.

Secundùm jus Lusitanum, sub facultate nominandi ad Emphyteusim usque ad mortem, videtur comprehensa facultas eam transferendi irrevocabiliter in personam nominatam. n. 131.

Habens facultatem nominandi, non potest rem vendere irrequisito domino. num. 132.

127 Dubitatur tertiò, utrùm quando Emphyteusis concessa est cum potestate nominandi oporteat requiri, aut nominari dominum ad hoc ut habens talem potestatem possit Emphyteusim transferre per viam nominationis? Respondet affirmativè Gama *decis. 116. à num. 5.* ubi dicit hoc maximè procedere, quando in ipsa concessione emphyteutica apposita est expressa prohibitio, ne res absque domini concensu alienetur; *& n. 8.* addit, si ultra nominationem adjiciatur titulus dotis, aut venditionis, nulli dubium esse, quod domini concensus requiratur: cæterùm idem etiam dicendum, quando sola nominatio intervenit, adjecta aliqua clausula, per quam dominiũ transfertur, ut clausula constituti, vel reservationis ususfructus; atque ita sæpius iudicatum fuisse affirmat. Ejus fundamentum est, quia per talem translationem verè alienatur Emphyteusis: ad hanc autem alienandam necessarius est consensus domini, tam secundùm jus commune, quam secundùm Lusitanum.

128 Contraria nihilominus sententia, quod scilicet habens potestatem nominandi, possit Emphyteusim transferre in alium per viam nominationis, domino inconsulto, videtur communis. Hanc tenet Molina *disp. 461. n. 8.* Rèbellus *de obligat. justititiæ, 2. part. lib. 13. q. 17. n. 11.* Valascus *de jure emphyt. q. 18. n. 28.* docens, quamvis persona nominata debeat de rigore juris requirere dominum, ut eam mittat in possessionem, tamen hoc in praxi non observari; & Caldas *de extinct. c. 10. num. 54. & cap. 21. n. 9. in fine*; ubi etiam affirmat hanc sententiam usu, & praxi hujus regni receptam esse, nisi Gama gravissimus Pallatij Senator eam excitasset: stat etiam pro hac parte Brittus *in cap. potuit, §. 2. n. 15. & 16. de locato*, nisi in concessione Emphyteusis adjecta esset clausula prohibens alienationem absque consensu domini, verbis adeo amplissimis concepta, ut comprehenderet etiam alienationem virtute nominationis factam. Favet Jason *in l. ultima, n. 6. Cod. de jure emphyt.* quatenus resolvit dictam legem ultimam non procedere quando in ipsa cõcessione emphyteutica alienandi potestas fuit indulta: quod etiam sentit Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 13. n. 7. & 9.* estque cõmunis sententia, quem loquendo de feudis sequuntur plures, quos refert Caldas *dicto cap. 21. n. 8.* Quamvis non pauci etiam repugnent. Favet etiam Barbosa *in l. usufructu, 58. n. 26. ff. soluto matrimonio*, ubi docet non esse necessarium admoneri dominum, ut Emphyteusis transferatur in personas comprehensas in concessione emphyteutica. Quod loquendo de feudis latè comprobat Surdus *decis. 343. à n. 10.* Nec nostræ sententiæ videtur refragari Cabedus *1. parte decis. 101.* ubi quãvis absolutè dicat requiri consensum domini, ut res emphyteutica tradi possit personæ ad eam nominatæ; tamen non videtur id intelligere, quando nominatio facta est ab eo, cui Emphyteusis concessa est cum facultate nominandi, de quo tantùm hîc agitur.

Fundamentum hujus sententiæ est, primò, quia si oporteret admoneri dominum; consensum ve ab eo peti ad tradendam rem personę nominatæ, nihil concessum esset nominanti per facultatem illi datam ad nominandum,

dum; siquidem ea facultate seclusa, ad nihil aliud teneretur, quando vellet Emphyteusim gratis in alium transferre, nisi ad denunciandum domino, se velle eam alienationem facere. Secundò, quia eo ipso, quod dominus concedit facultatem nominandi, censetur consentire, ut Emphyteusis transferri possit in personam, quam emphyteuta nominaverit, dummodò sit idonea: ergo non oportet alium consensum ab eo petere. Nec refert, si dicas, utile esse domino, quod ei denuntietur hujusmodi alienatio ante rei traditionem, ad hoc, ut possit excipere contra personam nominatam, si forte idonea non sit: hoc, inquam, non refert, ut bene advertit Molina *sup.* nam etiam post traditionem potest dominus opponere hujusmodi exceptionem; & cogere personam non idoneam, ut Emphyteusim vendat, seu transferat in personam idoneam, ut fit, quando Emphyteusis devenit ad monasterium. Tertio denique, quia ita habet praxis; & consuetudo, quæ est optima legum interpres.

Maius dubium est, utrùm idem cen-
129 sendum sit, quando habens facultatem nominandi, transfert Emphyteusim titulo donationis, aut dotis? Quod dupliciter evenire potest: uno modo, dicendo expresse, se nominare talem personam ad Emphyteusim, quam illi donat, aut dotat: alio modo, dicendum tantum se donare, aut dotare Emphyteusim tali personæ. Si primo modo id eveniat, dicendum est consequenter ad sententiam proximè traditam, non oportere admoneri dominum, sed eo prorsus inconsulto, posse rem tradi nominato. Ita sentit, & declarat Caldas *dicto cap. 21. n. ult. ad finem.* Nam quod alienationi per viam nominationis adjiciatur titulus donationis, aut dotis; non minuit facultatem, quam emphyteuta ex vi concessionis emphyteuticæ habet ad transferendam rem in personam nominatam. Si autem eveniat secundo modo, contrarium videtur dicendum juxta eundem Caldas *d. tract. de extinct. c. 10. n. 18* ubi docet, quamvis dominus concesserit potestatem nominandi, non eo ipso censeri eam concessisse ad donandam, vel legandam Emphyteusim, ipso inconsulto, præsertim, cum ex donatione debeatur laudemium secundùm jus cõmune, quod ex nominatione non debetur.

Nihilominus tamen etiam in hoc 130
casu non oportere admoneri dominum verius credo. Primò, quia, ut idem Caldas docet *tract. de nominat. Emphyt. q. 1. num. 8.* ut quis censeatur nominatus, satis est, quòd ei donetur Emphyteusis ab eo, qui potestatem habebat nominandi: unde ipsa donatio habet vim nominationis. Et similiter datio Emphyteusis in dotem rationem nominationis obtinet, ut idem Caldas tradit *cap. 10. de extinct. n. 35. & de potest. elig. cap. 2. num. 33. & cap. 4. num. 35.* Ad transferendam autem Emphyteusim per viam nominationis non oportet admoneri dominum. Confirmatur, quia quando habens potestatem nominandi legavit alicui Emphyteusim, censetur eum nominasse, ut optimè ex jure, & Doctoribus probat idem Caldas *de nominat. q. 10. num. 3.* & consentit Valascus *consult. 61. num. 11.* in hæc verba: *Licet relinquerentur res emphyteuticæ alicui, non per verbum, nomino, sed, relinquo, non propterea censebuntur tanquam legatum; sed secundùm vim electionis, seu nominationis, secundùm Florianum.*

Secundò, quia id videtur suppo- 131
nere jus Lusitan. *lib. 4. Ord. tit. 37.* ubi cùm in fine principij dixisset emphyteutam, cui data est facultas nominandi usque ad mortem, posse in vita sua semel, & iterum, ac sæpius nominare, ac per ultimam nominationem revocari præcedentes, statim §. 1. statuit, si talis emphyteuta in vita sua transtulerit Emphyteusim in aliam personam titulo dotis, aut quovis alio modo trãsferen-

ferendo in eam omne jus, quod in re emphyteutica habebat, etiam si reservet usumfructum, non posse amplius aliam nominationem facere. Vbi videtur sub facultate ad nominandum concessa, supponi comprehensa potestas ad transferendam Emphyteusim, & totum jus emphyteuticum, titulo dotis, aut quovis alio, in personam nominatam: unde consequens est, non esse necessarium novum consensum domini ad hoc, ut habens facultatem nominandi ejusmodi alienationem faciat: alioqui nihil peculiare, & annotatione dignum in hac lege statueretur, cum generale, & triviale sit, firmam, & irrevocabilem esse quamlibet alienationem, seu translationem Emphyteusis factam ex novo, & speciali domini consensu, sive alienans habeat potestatem nominandi, sive non; quando nemini erat quæsitum jus ad succedendum in illa.

132 Quod si opponas: ergo habens potestatem nominandi poterit etiam vẽdere Emphyteusim, irrequisito domino. Respondeo negando sequelam; quia in facultate nominandi non includitur facultas vendendi, seu transferendi Emphyteusim titulo venditionis, aut alio oneroso; siquidem persona nominata non capit Emphyteusim à nominante, sed à domino: nominans enim nihil de suo dat, *l. unum ex familia*, *§. si desalcidia*, *&* *§. sed si fundum*, *ff. de leg.* 2. Pro re autem, quam alter concedit personæ à me electæ, seu nominatæ nihil ab ipsa persona electa exigere possum, ne dum rem illi vendere, ut patet ex eadem *l. unum ex familia.* Adde, quod alioqui sequeretur præjudicium domino, qui fraudaretur jure accipiendi sibi rem emphyteuticam pro eodem pretio: dominus autem concedens facultatem nominãdi non censetur consentire, ut sibi in eo jure præjudicari liceat.

Vtrùm ad Emphyteusim legandam oporteat requiri dominum?

§. IV.

SUMMARIUM.

Præsens quæstio solùm habet locum in Emphyteusi hæreditaria. n. 133.

Quando Emphyteusis concessa est pro hæredibus, quidam censent non posse legari, seu relinqui successoribus particularibus, quales sunt legatarij, absque consensu domini, ibidem.

At oppositum ut probabilius defenditur. n. 134.

Quando Emphyteusis non est concessa pro quibuscunque hæredibus, sed tantum pro descendentibus, vel alterius peculiaris qualitatis, potest quidem legari alteri, non autem tradi ipsi legatario absque consensu domini. n. 135.

Excluditur quædam notabilis objectio num. 136.

Quamvis legatum acquiratur ubi hæreditas est adita, si tamen repudietur à legatario, censetur non acquisitum. eodem num. 136.

Quando legatur Emphyteusis, ad quam legatario tradendam requiritur consensus domini, tale legatum valet, & hæres tenetur petere licentiam à domino. eodem num. 136.

Dubitatur quarto, utrùm ad legandam Emphyteusim requiratur consensus domini, seu quod dominus admoneatur? Hæc dubitatio procedit tantùm in Emphyteusi hæreditaria, idest, concessa pro hæredibus, & successoribus: dubitant enim Doctores, an quando Emphyteusis, conceditur pro hœredibus, seu universalibus successoribus, intelligatur etiam concessa pro particularibus, qua- 133
les

les sunt legatarij? Qua in re duplex est principalis sententia. Prima docet non intelligi concessam pro ejusdem successoribus, & consequenter necessarium esse consensum domini, ut legari possit. Hanc tenent multi, quos refert, & sequitur Caldas *de nominat. quæst.* 24. *à num.* 1. *& de extinct. c.* 10. *num.* 15. ubi apertius hanc sententiam approbat. Fundamentum est primò, quia nomine universalium successorum non veniunt particulares, ut legatarij, & donatarij, *l. quadam*, 9. *§. nihil interest. vers. is autem, ff. de edendo.* Secundò, quia verba intelligenda sunt in proprio, & principali significato, *l.* 1. *§. qui in perpetuum. ff. si ager. vectigalis, l. quæritur, ff. de statu hominum*: quod maximè procedit in contractu emphyteutico, qui est stricti juris.

134 Oppositam nihilominus sententiam, quam probabiliorem judicamus tenent Pinelus *in l.* 2. *Cod. de bonis maternis, num.* 13. Gregorius Lopes *l. penultima, tit.* 8. *partita* 5. *verbo, de sus herederos, vers. sed mihi.* Molina *disp.* 461. *num.* 8. Emmanuel à Costa *de successione regni, fol.* 39. & alij; quos refert Cald. *dicta q.* 24. *num.* 4. Qui omnes docent, quando Emphyteusis concessa est alicui pro se, & quibuscunque eius hæredibus, ad legatarium quoque transferri posse; & consequenter non esse necessarium novum domini consensum ad eam legandam. Idem in simili de feudo simpliciter hæreditario tenet, relatis plurimis, Mantica *lib.* 9. *de conjectur. vlt. vol. tit.* 11. *num.* 14. Quæ sententia probatur primò ex *l. in conventionibus*, 217. *ff. de verborum signific.* ibi, *In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit: cùm ergo ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad hæredem ejus, qui susceperit, pertineret, jus hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.* Secundò, quia in concessione talis Emphyteusis non agitur de conservanda familia concedentis, vel accipientis, nec vertitur ullum incommodum domini, cui à quocunque successore pensio solvenda est, nihilque ei adimitur ex ijs, quæ ipsi competerent, si Emphyteusis ad verum hæredem transferretur: ergo non est, cur in ejus concessione sub hæredis nomine legatarius non comprehendatur. Neque obstat *dicta l. quadam*, & similia jura, quæ pro contraria sententia adduci solent, quia loquuntur ubi qualitas materiæ aliud suadet, ut quando agitur de conveniendo successore, sicut in *dicta l. quadam*; quia actio non datur contra particularem successorem, nisi in subsidium, juxta regulas juris. Deinde ad rationem, quæ secundo loco affertur, respondetur, etiam in contractibus stricti juris licitum esse recedere à propria significatione verborum, quando intelligitur eam esse contrahentium voluntatem, ut in præsenti evenit juxta *d. l. in conventionibus.*

Adhuc tamen inquires, utrùm ad legandam Emphyteusim non concessam pro quibuscunque hæredibus, sed tantùm pro descendentibus, vel alterius peculiaris qualitatis, sit necessarius consensus domini? Missis varijs opinionibus quæ videri possunt apud Caldas *de extinctione, cap.* 10. *à num.* 11. 135
Respondeo breviter ex eodem Cald. & alijs, quos refert, non esse necessarium domini consensum ad talem Emphyteusim legandam; secùs autem ad eam legatario tradendam. Probatur, quia legatum est, quædam donatio testaméto relicta, ut definitur *l. legatum est*, 37. *ff. de legatis* 2. ad donandam autem Emphyteusim, seclusa traditione, consensus domini necessarius non est: tradi autem, domino non admonito, nō potest, ut tenet cōmunis Doctorū; quos latè refert eos sequens Caldas *dicto cap.* 10. *num.* 3. Et habetur expresse in Ordinationibus Lusitanis, *lib.* 4. *tit.* 38. *in principio*: ergo idem censendum est de legato. Hoc autem intellige, quando Emphyteusis legaretur alicui per-

personæ, quæ non esset de comprehensis in investitura.

136 Illud tamen videtur obstare, quod dominium rei legatæ statim, ubi hæres adit, transit in legatarium, antequam res ei tradatur; quod secùs evenit in donatione ante traditionem: unde mirum non est, quod ad donandam Emphyteusim, seclusa traditione, necessarius non sit consensus domini, cum Emphyteusis per talem donationem non transferatur: at in legato aliter videtur dicendum, cùm ante traditionem fiat legatarij. Ad hoc tamen bene respondet Caldas *num.* 12. hanc dominij translationem in legato procedere à lege, non ab homine; ac proinde non inducere commissum, dum ad traditionem non proceditur. Melius verò respondebis, pro ut in simili ait Glossa, *in l. qui autem, vers. legatum repudiavit, ff. quæ in fraudem credit*; quamvis legatum statim acquiratur, ubi hæreditas est adita, tamen per leges fingi, non esse acquisitum, antequam legatarius illud acceptet. Quod patet *ex dicta l. qui autem, in principio*, ubi repudians legatum dicitur non acquirere; *& ex l. nam sicut, in principio, ff. ad l. Aquiliam*, ibi, *Repudiante legatario legatum, hæredis est actio perinde, ac si legatum non esset*; ubi Glossa, *vers. non esset*, alias leges adducit. Utrùm autem tale legatum valeat, & hæres teneatur illud implere, petita à domino licentia? (hac enim seclusa, certum est non posse rem tradere) hujus loci non est: breviter tamen dico, non esse, per se loquendo, legatum invalidum, cum etiam res aliena validè legari possit, & hæres teneatur talia legata implere, saltem per æquivalens, juxta generales regulas juris, de quibus in materia de testamentis. Et videri pro hac re potest Mantica *lib. 9. de conject. ult. vol. tit. 11. per tot.* ubi multis in contrariam etiam partem relatis Doctoribus, probat tandem, si res feudalis fuerit legata à testatore non ignorante eam esse feudalem, quod ejus æstimatio debeatur legatario, ex conjectura voluntatis. Et loquitur citatus Doctor etiam in casu, quo jus feudale ad testatorem pertinens ejus morte extingui debuit.

Vtrùm Emphyteusis possit dividi, & alienari inter cohæredes, seu coemphyteutas, absque consensu domini?

§. V.

SUMMARIUM.

Ad dividendam Emphyteusim per æstimationem non est necessarius consensus domini. n. 137.

Non est etiam necessarius consensus domini ad Emphyteusim realiter dividendam inter coemphyteutas, ubi jus tali divisioni non resistit. n. 138.

Hoc tamen intelligitur dummodò nihil amplius singulis Emphyteutis tribuatur, quam juxta concessionem emphyteuticam ad unumquenque eorum spectat. ibidem.

Vt cohæredes, & similes coemphyteutæ habentes jus accrescendi, seu non decrescendi inter se alienent, seu remittant suas partes, non est necessarius consensus domini, secus autem, si jus accrescendi non habent. n. 139.

Hæres emphyteuta non prohibetur vendere suam partem cohæredi. ibidem.

Dubitatur quinto, utrùm Emphyteusis possit dividi, & alienari inter cohæredes, seu coemphyteutas, irrequisito domino? Hac ipsa disp. *sect.* 5. §. 8. explicavimus, qua ratione dividi possit Emphyteusis tam secundùm jus commune, quàm secundùm Lusitanum, & quando ex tali divisione, & alienatione partium ipsius Emphyteusis inter coemphyteutas 137

tas

tas debeatur laudemium; quod, cùm non debeatur ex alienatione, ad quam non est necessarius consensus domini facile ex ibi dictis constare potest, quid ad præsentem dubitationem respondendum sit. Quare juxta ibi dicta breviter hic dicendum est primò. Ad dividendam Emphyteusim per æstimationem, qua sola ratione jus Lusitanum permittit Emphyteusim dividi, non est necessarius consensus domini, quia hujusmodi divisio non est re ipsa divisio Emphyteusis, sed pretij, neque ullā ipsius rei emphyteuticæ alienationem continet, cùm res adhuc maneat indivisa, & tota pro indiviso ad coemphyteutas spectet.

138 Dicendum secundò. Ad Emphyteusim realiter dividendam inter coemphyteutas, ubi jus tali divisioni non resistit, non est necessarius domini cōsensus, ut bene cum Bartholo, Felino, & alijs tradunt Caldas *de extinct. c.* 8. *n.* 8. Valascus *de jure emphyt. q.* 38. *n.* 18. Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *q.* 14. August. Barbos. *in cap. potuit*, *de locato*, *n.* 76. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 3. *num.* 9. estque communis sententia. Ratio est, quia licet ejusmodi divisio contineat alienationem, tamen censetur necessaria, spectatque ad executionem concessionis, qua Emphyteusis ita concessa est, ut ad plures devenire possit; nam dominus, qui Emphyteusim ita concessit, non dubitavit eam esse dividendam: unde à principio tali divisioni consensit, & novus ejus consensus necessarius non est. Hoc tamen procedit quando Emphyteusis dividitur æqualiter, ita ut nihil amplius cuipiam ex emphyteutis tribuatur, quam quod ad eum juxta concessionem emphyteuticam spectat. Nam si aliter dividatur, continet ea divisio alienationem à domino non concessam; & consequenter necessarius erit illius consensus, nisi inter ipsos emphyteutas sit jus accrescendi, ut statim ex dicendis constabit.

Dicendum itaque tertiò, ut cohæredes, & similes coemphyteutæ habentes jus accrescendi, si u non decrescendi inter se alienent, aut remittant partes suas non est necessarius novus domini consensus: secùs autem quando emphyteutœ jus accrescendi non habent. Ita Caldas *dicto cap.* 8. *n.* 10. *cum seq.* Ratio prioris partis est, quia singuli coëmphyteutæ habentes jus accrescendi sunt simpliciter vocati, & approbati à domino ad totam Emphyteusim. Hinc enim fit, ut pars ab uno repudiata statim alijs accrescat: ad alienandam autem Emphyteusim in personam vocatam, novus domini censensus necessarius non est; cùm à principio, quando dominus talem personam vocavit, consensum præstiterit, ut Emphyteusis ad eam devenire posset. Vnde docet bene Gama *decis.* 242. *n.* 4. nō prohiberi hæredem emphyteutæ vendere suam partem cohæredi. Alia pars constat contraria ratione, ut latius declaravimus *dicto* §. 8. *n* 69. Ex quibus non placet, quod indistinctè tradit, relatis alijs, Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. *n.* 8. non requiri consensum domini, ut coemphyteuta suam partem alienet in socium, vel collegam ejusdem Emphyteusis: id enim verum non est, extra casum, quo socio competit jus accrescendi. 139

Vtrùm emphyteuta possit alienare melioramenta, domino irrequisito?

§. VI.

SUMMARIUM.

Melioramenta solo emphyteutico affixa non possunt alienari irrequisito domino: secus autem melioramenta separatá. num. 140.

Finita Emphyteusi, potest emphyteuta, vel ejus hæres vendere melioramenta, qua

quæ fecit in re emphyteutica, licet sint solo affixa. n. 141.

140 DVbitatur sextò; utrùm emphyteuta possit alienare melioramenta, domino irrequisito? Respondetur negativè. Eodem enim modo, & sub eadem pœna amittendi Emphyteusim, prohibetur alienatio melioramentorum absque domini consensu, atque alienatio ipsius rei emphyteuticæ, ut patet *ex l. ultima. Cod. de jure emphyt.* tenetque communis Doctorum. Non procedit autem hæc resolutio de melioramentis separatis, & per se consistentibus, sed tantùm de solo affixis, & cohærentibus: nam separata propriam, & separatam habent conditionem, neque rei emphyteuticæ accrescunt: unde nullo modo spectant ad dominum directum, sed pleno jure pertinent ad emphyteutam; qui proinde consensu domini non indiget, ut ea possit alienare, ut bene advertit Molina *disp.* 463. *n.* 9. post Valascum, *de jure emphyteut. quæst.* 25. *num.* 17. Quæ autem solo sunt affixa, & rei emphyteuticæ cohærent, cedunt ipsi rei; ac proinde spectant ad dominum rei quo ad dominium directum, quemadmodum ipsa res; & ideo quemadmodum res sine domini consensu alienari non potest, sic nec ejusmodi melioramenta.

141 Bene autem advertit cum alijs Caldas *de extinctione, cap.* 10. *num.* 50. hoc procedere, quandiu Emphyteusis durat, non autem postquam finita est; nam cum finita Emphyteusi, possit emphyteuta, vel ejus hæres recuperare melioramenta, quæ in illa fecit, pro ut latè expliculmus *disp. præcedenti, sect.* 1. & 2. non prohibetur, quominus possit ea vendere, aut donare, cui voluerit, domino prorsus inconsulto.

Vtrùm possit emphyteuta constituere Censum super re emphyteutica absque consensu domini?

§. VII.

SUMMARIUM.

Videtur negare Caldas. At opposita sententia est communis, & tenenda dummodo Census solùm, duret quandiu durat jus emphyteutæ illum constituentis. num. 142.

Secus autem dicendum est, si in ipsa concessione emphyteutica expresse à domino sit prohibitum, ne res absque ejus consensu alienetur. n. 143.

DVbitatur septimò, utrùm possit emphyteuta constituere Censum super re emphyteutica absque domini consensu? Negant aliqui, quos retuli *p.* 1. *disp.* 1. *sect.* 5. *§.* 3. *n.* 62. Et videtur etiam negare Caldas *de extinctione, cap.* 5. *num.* 26. ea ratione, quia Emphyteusis datur ad meliorandum: per constitutionem autem Census, quæ est quædam alienationis species, redditur deterior. Opposita nihilominus sententia est communis, quam præter alios relatos loco proximè cit. tenent Rodoanus *de rebus Ecclesiasticis non alienandis, quæst.* 17. *num.* 35. Follerius *in pragmatica Regis Alphonsi de Censibus, verbo, hujusmodi Census super rebus*, Solis *lib.* 2. *de Censib. cap.* 4. *num.* 15. Lara *de anniversarijs, & cappellanijs, lib.* 1. *cap.* 19. *num.* 10. Stephanus Gratianus *disceptationum forensium, cap.* 43. *num.* 20. Gaspar Rodrigues apud Emmanuelem Barbosam, *in remiss. ad Ordinat. regiam, lib.* 4. *tit.* 38. *num.* 17. Hanc sententiam tenens in Censu consignativo (de quo tantùm hic loquimur), & Augustinus Barbosa plures referens *in addit. ad citatum locum remiss. Ordin. reg. num.* 103. Neque videtur re-

refragari Caldas *supra*: nam solùm negat posse ab emphyteuta constitui. Censum, cui res emphyteutica omni tempore, & loco subjecta sit: nostra autem sententia solùm procedit de Censu, qui duret, quandiu durat jus emphyteutæ: & ita declarant DD. citati.

143 Fundamentum est, quia constitutio Census est quædam alienatio impropria, quemadmodùm servitus, imo est quædam species servitutis: emphyteuta autem potest, domino inconsulto, subjicere rem emphyteuticam servituti; quæ duret, quandiu jus emphyteuticum ad ipsum spectat, ut probavimus, & declaravimus *sect. praeced. n. 96. & seq.* Procedit autem hæc resolutio, spectata tantùm prohibitione juris vetantis alienari rem emphyteuticam, inconsulto domino: non autem, si in concessione emphyteutica expressè à domino sit prohibitum, ne res absque ejus consensu alienetur, ut loquendo de constitutione servitutis advertimus *loco nuper citato n.* 98 & in specie tradit Steph. Gratian. *disceptat. forens. c.* 202. *n.* 26. & cum alijs Leotard. *de usuris coercen. quaest.* 52. *n.* 17.

Utrùm res emphyteutica possit subjici vinculo maioratus, vel capellæ absque domini consensu?

§. VIII.

SUMMARIUM.

Emphyteusim perpetuam posse illi vinculo subjici absque consensu domini: non ita verò temporalem, prima sententia affirmat. num. 144.

Secunda verò sententia de utraque id negat; & hæc magis Authori probatur. n. 145.

Probatur in particulari, nullam Emphyteusim ex pacto & providentia, posse subjici vinculo maioratus, vel capella absque consensu domini. n. 146. *& seq.*

Hoc ipsum probatur de Emphyteusi purè, vel mixtè, hæreditatia. n. 148.

Emphyteusis ex pacto & providentia, neque de consensu domini potest regulariter subjici vinculo maioratus, vel capella in præjudicium eorum, qui ad eam sunt vocati: secus autem Emphyteusis purè, aut mixtè; hæreditaria. n. 149.

Non est necessarius consensus domini, ut emphyteuta possit subjicere rem emphyteuticam oneri missarum, & anniversariorum, quod duret, quandiu durat jus ipsius emphyteutæ, dummodo tamen in prima concessione dominus expressè non prohibuerit rem alienari. n. 150.

Onus missarum, & anniversariorum impositum super aliquibus bonis, non efficit illa esse Ecclesiastica, vel inalienabilia. ibid.

Licet res emphyteutica relinquatur nulliter vinculata cum onere anniversarij, ipsum anniversarium non vitiatur, sed sustinendum est ex alia re libera. n. 151. *remissivè.*

Dubitatur octavò, utrùm res emphyteutica possit subjici vinculo maioratus, vel capellæ sine consensu domini? Duplex hac in re est sententia principalis. Prima asserit, si Emphyteusis sit perpetua, posse vinculari maioratui absq; domini consensu: secus verò si sit ad vitas. Ita resolvit Cabed. 1. *p. dec.* 130. ubi *n.* 3. pro eadē sententia affert Barbos. in lectura non dum typis excussa super *l. filiusfamil.* §. *Divi. ff. de leg.* 1. Eandem videtur approbare Gam, *dec.* 114. *fin.* quāvis oppositū quoad utramq; partē magis probaverit *decis.* 70. *n.* 2. Stat etiam pro eadem sententia quoad primā partē quædam decisio Senatus Lusit. cujus meminit idem Gama *locis cit.* & ita observari in praxi hujus regni fatetur Gab. Pereyr. *dec.* 26. *n.* 2. & 7. ubi addit hanc praxim servandam esse; atque in ejus confirmationē adducit Menochiū, Riminaldū juniorē, Bursatum, Cald. & alios. Adducitur etiam in eandem sententiam Mol, Jurista *lib.* 2. *de primogenijs, c.* 10. *n.* 71. dum asserit, quod quando pater accepit Emphyteusim 144

teusim pro se, & hæredibus suis; vel pro se, atque filijs, & hæredibus suis simul, potest illam subjicere vinculo maioratus: non ita verò, si eam accepit pro se, ac filijs suis, non adjecta mentione hæredum. At hic Author non considerat necessitatem consensus domini, sed solùm præjudicium filiorum, quod dicit obstare, quãdo non est facta mentio hæredum. Fundamentũ hujus sententiæ est, quia si Emphyteusis sit perpetua, debet suaptè natura esse perpetuò penes accipientem, & successores; unde nulla domino fit injuria, si absque ejus consensu in perpetuum vinculetur, & alienari prohibeatur. Si autem sit ad vitas, non potest emphyteuta efficere, ut plus duret, quam concessio permittit.

145 Secunda sententia asserit, quod etiam quãdo Emphyteusis est perpetua, & hæreditaria, non potest emphyteuta illi adjicere vinculum maioratus absque consensu domini. Hanc tenent Molin. Theologus *tom.* 3. *de just. disp.* 608. *n.* 2. Brittus *in c. potuit*, §. 2. *n.* 54. *fine*, *de locato*, dicens esse tanquam veriorem in praxi receptam, Gabr. Peteyra *d. decis.* 26. *n.* 2. *&* 4. (ubi pro ea affert Rolandinum) & Lara *de anniversarijs, & capellanijs, lib.* 1. *c.* 19. *n.* 11. ubi idem docet, quando agitur de subjicienda re emphyteutica vinculo capellæ, seu oneri anniversariorũ cum prohibitione alienationis ut scilicet tali vinculo subjici non possit absq; cõsensu domini? Quod etiam ex sententia quorundam Senatorum tradit Gama *decis.* 218. *n.* 3. *&* 10. Et hæc mihi videtur longe verior, pro cujus maiori explicatione, & probatione sequentes statuo conclusiones.

146 Prima conclusio. Quando Emphyteusis est tantùm ex pacto & providentia, in cujus scilicet cõcessione non est facta mentio hæredum, non potest emphyteuta eam subjicere vinculo maioratus, aut capellæ, sive talis Emphyteusis sit ad vitas, siue perpetua; id est, absque limitatione ad certum numerum personarum; ut quando est absolutè concessa pro filijs, & descendentibus. Ratio est, quia quilibet possessor talis Emphyteusis solùm habet jus in re emphyteutica pro tempore vitæ suæ: qua finita debet succedere sequens vocatus ex vi concessionis emphyteuticæ, qua à domino vocatus est, ita ut Emphyteusim immediatè accipiat, non à prædecessore, sed à domino concedente, ut probat celebris textus *in l. unum ex familia*, §. *si de falcidia*, *ff. de leg.* 2, Bartholus *in l. mortis causa*, *ff. de donat. causa mortis*, Molina *de primogenijs, lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 2. Gama *decis.* 233. Caldas *de nominat. quæst.* 10. *numer.* 3. *& de potestat. elig. cap.* 16. *n.* 3. Molina Theologus *disp.* 479. *num.* 3. & cæteri communiter. Qui autem solùm habet jus in re aliqua pro tempore vitæ suæ, non potest illi adjicere vinculum maioratus, aut capellæ, ex quo post ejus mortem pertineat ad vocatos per ipsum, cum resoluto jure dantis, resolvatur, & extinguatur jus accipientis, *l. lex vectigali*, *ff. de pignoribus*, *l. Statius Florus*, §. *Cornelio Felici*, *ff. de jure fisci.*

Dices, quod saltem quando Emphyteusis perpetua est concessa cum libera facultate nominandi successorem, potest emphyteuta maioratum, aut capellam ex ea instituere, nominando ad illam aliquam successorum seriem, in quibus in perpetuum conservetur. Respondeo, si loquamur de Emphyteusi nominationis, quæ ordinariè concedi solet, nequaquam ex ea posse ab emphyteuta maioratum, vel capellam institui, quia ejusmodi Emphyteusis etiam in perpetuum cõcessa, solùm conceditur cum facultate, ut primus possessor possit nominare secundũ, & secundus tertium, & sic de cæteris: unde nullus habet facultatẽ nominãdi cum effectu plures successores, vel ali, quam eorum seriem, prout requiritur ad institutionẽ maioratus, vel capellæ. Si autem fingamus concessam esse 147

alicui Emphyteusim cum facultate nominandi in infinitum personas, quæ in eam succedant, tunc quidem poterit ille primus acquirens eam vinculare ad instar maioratus, nominando ad eam certam aliquam personarum seriem, in quibus perpetuetur. Sed hoc jam fit ex concessione domini, & est veluti casus metaphysicus, qui nunquam evenit.

148 Secunda conclusio. Etiam quando Emphyteusis est hæreditaria concessa in perpetuum pro quibusvis hæredibus, & successoribus, vel pro filijs, & descendentibus, similibusve personis, quæ sint hæredes, non potest emphyteuta illi adjicere vinculum maioratus, vel capellæ absque consensu domini. Probatur, quia licet emphyteuta habeat jus disponendi per mortem de ejusmodi Emphyteusi, & non tantùm titulo hæreditatis, sed etiam legati eam possit relinquere cuivis personæ ex comprehensis in investitura, ut *supra* §. 4. probavimus, attamen, si ei adderet vinculum maioratus, vel capellæ, cederet tale vinculum in magnum præjudicium domini; siquidem per illud privaretur dominus spe recuperandi sibi aliquando rem emphyteuticam quo ad plenum dominium, & recipiendi laudemium ex venditione illius; cùm res vinculatæ sint invendibiles, & inalienabiles: emphyteutæ autem nunquam intelligitur concessa facultas disponendi de re emphyteutica cum præjudicio domini, nisi quatenus ab ipso expressum fuerit, cùm nemo censeatur velle sibi præjudicare; neque in concessione generali veniant ea, quæ, si in specie postularentur, verosimiliter non concederentur, *regula in generali, de reg. juris in 6.*

149 Tertia conclusio. Si Emphyteusis sit ex pacto & providentia, neque de consensu domini potest regulariter emphyteuta maioratum, aut capellam ex illa instituere in præjudicium eorum qui ad eam sunt vocati: secùs autem si Emphyteusis sit hæreditaria, præsertim si sit simpliciter hæreditaria, & transitoria ad extraneos. Ratio prioris partis est, quia ex stipulatione, qua primus acquirens Emphyteusim impetravit pro se, & alijs, ad eam vocatis in ipsa concessione, acquisierunt omnes vocati jus ad succedendum in illa, eamque obtinendam, prout sibi tunc concessa fuit: quo jure neque ab ipso domino privari possunt absque suo facto, vel culpa, *l. id quod nostrùm, ff. de regulis juris*, *l. final. ff. de pactis*. Et ita hanc sententiam tueri debent omnes, qui docent non posse patrem etiam ex cōsensu domini, disponere de ejusmodi Emphyteusi cum præjudicio filiorum ad eam vocatorum. Qua de re latius à nobis agendum est *disp. 5. sect. 3.* Dixi autem regulariter, quia multi sunt casus in quibus hæc resolutio fallit, ut citato loco videbimus. Alia pars constat, quia quando Emphyteusis est hæreditaria, nemo habet jus ad succedendum in illam, nisi post mortem possessoris: & ita, dum possessor vivit, potest liberè de illa disponere ex consensu domini, cum in hoc nemini fiat injuria. Et de hoc etiam à nobis plenè agendum est loco citato.

Si quæras, utrùm possit emphyteuta absque domini consensu subjicere rem emphyteutam oneri missarum, vel anniversariorū, non addito vinculo maioratus, aut capellæ, prohibitioneve alienationis? Respondetur affirmativè, cum Lara *d. lib. 1. de anniverſ. cap. 19. n. 9.* contra Gabr. Pereyra *d. decis. 26 n. 3.* quia per tale onus non mutatur natura taliū bonorum; non enim fiunt Ecclesiastica, ut bene Valascus *consult. 60. num. 12.* & idem Lara *eodem lib. 1. cap. 5. n. 61. & lib. 2. cap. 1. num. 13. & 40.* Neque inalienabilia, ut per Valascum *consultat. 82. n. 8.* & plures alios apud Emmanuelem Barbos. *in remiss. ad Ordin. regiam, lib. 1. tit. 62. §. 53. n. 2.* Unde non minus possunt subjici illi oneri, quam alicui censui, vel servituti: 150

quæ

quæ onera superius admisimus imponi posse ab emphyteuta super re emphyteutica absque domini consensu. Solùm autem durabit tale onus, quandiù duraverit jus ipsius emphyteutæ, ut notat idem Lara, & satis constat ex supradictis *sect. præced.* §. 2. ubi explicuimus quousque durent ejusmodi onera imposita absque consensu domini: intelligi etiam hoc debet, dummodo dominus in ipsa concessione emphyteutica non prohibuerit expresse rem alienari, ut ibidem notavimus *n.* 98.

151 Vtrùm autem, quando res emphyteutica relinqueretur nulliter vinculata cum onere anniversarij, vitietur ipsum anniversarium, vel potius sustineri debeat ex alia re libera ad similitudinem legati rei alienæ? Hoc secundum tuetur Lara *dicto cap.* 19. *n.* 14. *cum seqq.* quem vide.

Vtrùm emphyteuta possit demittere Emphyteusim invito domino? Et attinguntur quædam aliæ dubitationes remissivè.

§. IX.

SVMMARIVM.

Emphyteuta non potest invito domino renunciare, seu demittere Emphyteusim. num. 152.

Si mater Emphyteusim accepit pro se, & filijs, possunt filij eam renunciare, nisi eorum ratificatio subsequuta sit. ibid.

Attinguntur remissivè quædam alia dubitationes. n. 153.

Vtrùm Emphyteuses fisci, seu Reipublicæ, vulgò, Reguengos, qui etiam fundi patrimoniales, & prædia vectigalia dicuntur, possint alienari, domino irrequisito? num. 154.

Ejusmodi bona emphyteutica non possunt in hoc regno alienari in Ecclesias, neque in personas Ecclesiasticas, neque etiam quadam ex parte in Dynastas. ibidem.

Dominus potest suum dominium directum alienare sine consensu emphyteutæ. n. 155.

DUbitatur nonò, utrùm imphyteuta possit renunciare, seu demittere Emphyteusim domino invito? Respondetur negativè ex communi sententia, quam cum Baldo, Jasone, & alijs tenent Valasc. *consult.* 28. *sub n.* 4. Pinelus *in l.* 2. *p.* 1. *c.* 4. *n.* 2. *in med. C. de rescind. vend.* ubi docet hoc esse receptum in Emphyteusi, & regulariter etiam observari in feudo antiquo *& in l.* 1. *p.* 2. *n.* 72. *limit.* 8. *C. de bonis mat.* Mol. *disp.* 453. *n.* 24. & plures alij apud Aug. Barb. *in addit. ad remiss. Ord. reg. lib.* 4. *n.* 104. Ratio est aperta, quia licet contractus à principio fuerit voluntarius, tamen neutri contrahentium licitum est ab eo recedere altero invito: unde quemadmodum dominus directus tenetur stare contractui emphyteutico, ita ut ab illo non possit recedere invito emphyteutâ; ita etiam tenetur emphyteuta, ut non possit resilire invito domino. Limitat autem Camillus Borrellius apud August. Barbos. *sup.* ut hoc non procedat, quando Emphyteusis accepta esset per matrem pro se, & filijs, quod, tunc nisi filiorum ratificatio subsequatur, possint filij Emphyteusim renunciare. 152

153 Alias dubitationes, quæ hîc excitari possent, ut, an sit necessarius consensus domini ad rescindendam venditionem Emphyteusis ob læsionem ultra, vel citra dimidium justi pretij, aut ex beneficio restitutionis in integrum, aut ex pacto de retrovendendo? Item, an sit necessarius ad permutandam ipsam Emphyetusim, aut transigendum circa illam? Et similes, consultò hîc omittimus; nam quid circa ejusmodi contractus, & alienationes tenendum sit, satis constat ex dictis *sectione* 5. *hujus disputationis.* §. 3. 4. 5. 6. & 7. 10. & 11. ubi explican-

explicando, an laudemium in illis casibus debeatur, sufficienter declaravimus, quando in eis oporteat adhiberi, aut non adhiberi consensum domini.

154 Omitto hic etiam illam quæstionem, an prædia vectigalia, & fundi patrimoniales, quos vulgo appellamus hodie, *Reguengos*, ac generaliter Emphyteuses fisci, vel Reipublicæ, alienari possint domino irrequisito; circa quam in utramque partem latè disputat Caldas *de extinct. cap. 2. à num. 9.* & partem negativam sequitur *cap. 4. n. 35.* saltem secundùm jus Lusitanum, *lib. 4. Ordin. tit. 36. §. penult.* ubi habetur, ut in concessionibus emphyteuticis bonorum ad coronam spectantium servetur, quod circa Emphyteuses particulares constitutum est. Videri etiam potest Valascus *de jure emphyt. q. 13. sub num. 1. §. hoc autem, & q. 38. in fin.* & Gama *decis. 142. n. 2.* Rebel. *2. p. lib. 3. q. 4. n. ult.* & Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 3. n. 11.* qui omnes quo ad Emphyteuses fisci, seu regiæ coronæ, partem sequuntur affirmativam. Additque Valasc. *supra*, dictos fundos patrimoniales, vulgo, *Reguengos*, pleno jure spectare ad successores, salvo canone, qui Regi debetur. Ordinatione autem hujus regni, *lib. 2. tit. 16.* specialiter cavetur, ne ejusmodi bona alienentur, seu transferantur in Ecclesias, vel monasteria, aut in personas Ecclesiasticas, & quod talis alienatio sit nulla, ipsaque bona Regi amittantur: similisque prohibitio pro Dynastis ponitur titulo sequenti.

155 Illud tandem hic notandum, quod bene post alios tradit Caldas *de extinct. cap. 12. fine*, & Brittus *in cap. potuit, §. 2. n. 4. de locato*, licet emphyteuta non possit Emphyteusim alienare domino irrequisito, attamen è contra, dominum posse irrequisito consensu emphyteutæ suum dominiū directum alienare; atque ita habere usum, & praxim communem horum regnorum. Consentit, relatis pluribus. Augustinus Barbosa *in collect. ad d. cap. potuit, de locato, num. 7.* ubi tamen cum alijs addit, hoc fellere, quando emphyteuta ex venditione à domino directo facta damnum sentiret in jugationibus, & similibus, à quibus immunis erat propter privilegium ipsius domini directi; qua utilitate carere debeat apud emptorem. Hanc verò limitationem, licet communem, & in judicando tenendam fateatur Brittus *ubi supra*, ipse tamen eam non admittit, nisi in casu, quo dominus directus habens dictum privilegium, maiorem pensionem à principio imposuit, ratione illius immunitatis, & maioris utilitatis, qua emphyteuta ob tale privilegium potiturus erat.

SECTIO OCTAVA.

Quinam consensus domini sufficiat, ut alienatio Emphyteusis perfici possit?

CVm proximè statuerimus non posse regulariter alienari Emphyteusim absque consensu domini, videndū consequenter, est, quinam consensus sufficiat? Qua de re plures satis utiles sunt quæstiones, quas latè, atque eruditè, ut solet, pertractat Caldas, *de extinct. cap. 11. & 12.* eas tamen quam brevissimè expediemus.

Vtrùm ad alienandam Emphyteusim requiratur expressus consensus domini?

§. I.

SUMMARIUM.

Spectato jure communi, & Lusitano, non

non requiritur expressus consensus domini ad Emphyteusim alienandam, sed sufficit quasi interpretativus. n. 156.

Qualis consensus requiratur, si dominus in ipso contractu emphyteutico expressit, ut res non posset alienari absque ejus consensu? n. 157.

An sufficiat consensus tacitus, quando in contractu apposita est clausula, ut non possit alienari Emphyteusis absque licentia domini? n. 158.

Quid si in contractu apposita esset clausula, ut Emphyteusis non possit alienari absque expresso consensu, vel licentia domini? n. 159.

156 PRima quæstio est, utrùm ad alienationem Emphyteusis requiratur expressus consensus domini? Respondetur negativè, si tantùm juris communis, & Lusitani dispositionem spectemus. Nam ut *præcedenti sect. §. 1. n. 112. & seq.* jam monuimus, ut Emphyteuta possit rem emphyteuticam alienare, & tradere, solùm ex vi prædictorum jurium tenetur requirere dominum, ut videat, an pro eodem pretio eam sibi velit accipere; vel, an habeat aliquam legitimam exceptionem contra personam, in quam alienatio est facienda: quod si dominus post talem requisitionem non declaret, saltem intra duos menses, se velle rem sibi accipere, & pretium solvat, vel non excipiat adversus personam, in quam alienatio intentatur, statim nullo alio ejus consensu expectato, potest res in prædictam personam alienari: ubi vides non requiri, quod dominus formaliter, & expresse consentiat, sed sufficere, quod consentiat, quasi interpretativè, quatenus requisitus tantundem non offert, neque dictam exceptionem opponit, estò alias expresse nolit, ut Emphyteusis alienetur. Quæ omnia constant ex *l. ultima, Cod. de jure emphyt. & ex l. regia lib. 4. Ordin. tit. 38. in principio.*

157 Si autem in ipso contractu emphyteutico expresse cautum sit, ut non possit emphyteuta rem alienare absque consensu, vel absque licentia domini, tunc videtur non sufficere, quod dominus ab emphyteuta requisitus tantundem non offerat, neque excipiat, sed requiri, ut expresse consentiat, aut saltem ita se gerat, non repugnando, neque ostendendo se esse invitum, ut sufficienter intelligatur eum positivè consentire, quamvis id non exprimat. Ratio est, quia illa expressa prohibitio posita in concessione emphyteutica aliquid amplius operatur, quam sola prohibitio legis vetantis alienari Emphyteusim, domino irrequisito: & ipsa verborum proprietas exigit, ut dominus aliquo modo positivè cõsentiat; id quod *ex l. regia lib. 3. tit. 93. §. ult.* satis apertè colligitur, ut cum Caldas ponderavimus *dicto §. 1. sectionis præcedentis, n. 113.*

Imo quando in contractu emphyteutico apposita est clausula, ut non possit Emphyteusis alienari absque licentia domini, videtur non sufficere consensus tacitus, sed requiri licentia expressa; quia ubi licentia exigitur debet esse expressa juxta plurimos Doctores, quos refert Caldas, *de extinct. cap. 11. num. 5. & 14.* Nihilominus tamen sufficere tacitum, resolvit idem Caldas *num. 15.* ex doctrina Panormitani *in cap. cum dilectus, n. 2. de consuetudine*, & aliorum, quos refert. Et dici etiam potest, quod in hoc regno, cùm agitur de facultate alienandi Emphyteusim, pro eodem usurpatur licentia, atque consensus, juxta Ordinationem regiam *lib. 4. tit. 38.* ubi utroque vocabulo ad significandum domini cõsensum utitur. Credo præterea, in praxi non attendi, an Emphyteusis concessa sit cum illa expressa prohibitione, ne alienetur sine consensu, vel licentia domini, sed sive cum tali prohibitione, sive absolutè concessa sit, solùm postulari, ut Emphyteusis non alienetur domino irrequisito, pro ut jure communi, 158

muni, & Lusitano cavetur.

159 Si tamen in contractu apposita sit clausula, ut sine expresso domini consensu, aut licentia alienari non possit, tunc non sufficeret requiri dicto modo dominum, sed esset necessarius expressus illius consensus; nam pacta in contractu emphyteutico apposita omnino servari debent, *l. 2. Cod. de jure emphyt.* Quamquam in hoc etiam casu non ineptè dici potest, quod prohibitio alienandi absque expresso consensu domini intelligitur, dum non transit bimestre, vel mensis, qui domino post requisitionem conceditur, ut deliberet, an velit tantundem offerre; ut nimirum ante illum transactum non possit emphyteuta sine expresso ejus consensu rem alienare: illo verò transacto, non teneatur alium consensum expectare, eo quod lex ipsi facultatem tribuat rem liberè alienandi; atque eo ipso, quod dominus toto eo tempore non declaret, se velle, aut non velle tantundem offerre, videatur neglexisse jus, quod habebat, ut res absque ejus consensu alienari non posset.

Vtrùm dominus intelligatur sufficienter consentire, si sit præsens, & taceat?

§. II.

SUMMARIUM.

Negant aliqui intelligi dominum tacitè consentire alienationi, quando adest venditioni Emphyteusis, & tacet. n. 160.

Opposita sententia defenditur. n. 161.

Vbi alienatur res prohibita alienari in favorem alicujus, illo præsente, & tacente, valet alienatio, ita ut ab eo amplius impugnari non possit. ibidem.

Solvuntur fundamenta primæ sententiæ. n. 162. & seq.

Regula, qui tacet, consentire videtur, non solùm habet locum, quando consensus prodest tacenti, sed etiam, quando ei leviter nocet. n. 163.

Secunda quæstio est, an non requisito domino, sufficiat ejus præsentia cum taciturnitate, ut intelligatur tacitè consentire, isque tacitus ejus consensus sufficiat? Negant loquendo de venditione Emphyteusis Cynus *in l. fin. Cod. de jure emphyt.* & ibi Albericus, *columna* 1. Jason *q.* 23. *n.* 240. & alij apud Caldas, *de extinct. cap.* 11. *n.* 5. *ante finem.* Pro hac etiam parte stat Brittus *in cap. potuit,* §. 2. *num.* 7. *de locato.* Probatur primò, quia, ut tacens censeatur consentire, opus est, ut videat fieri rem aliquam in præjudicium sui juris, quo cedere videatur, dum tacet, & de illo non protestatur: hoc autem non contingit, quando Emphyteusis venditur domino præsente, & tacente: tum quia emphyteuta simpliciter vendens solùm videtur vendere suum dominium utile, secundū formam juris, id est, dummodò consensus domini accedat ante traditionem: unde intelliget dominus jus suum manere salvum, neque opus sibi esse de illo protestari; & ideo licet taceat, & non protestetur, censeri non potest, quod consentiat, ut res tradi possit, ipso irrequisito: tum, quia dominus prohibere non potest, ne Emphyteusis vendatur; nam Emphyteuta & illam vendere, & pretium recipere, cæteraque omnia liberè potest facere, dummodo ad traditionem non perveniat: ergo quod dominus id fieri videns taceat, nullo suo jure intelligitur cedere, cùm nihil fiat contra jus illius. Secundò, quia regula illa, *Qui tacet, consentire videtur,* 43. *de regulis juris in* 6. procedit, quando consensus prodest tacenti; non autem quando illi nocet: tunc enim dissentire potius censetur, *l. filiusfamilias, 8. in fine principij, ff. de procuratoribus.* In præsenti autem non est domino commodum consen-

consentire alienationi; sed potius incommodum, & noxium, cùm se privet utilitate vendicandi rem in pœnam commissi.

161 Oppositam nihilominus sententiam meritò cum alijs defendit Cald. *supra num.* 4. *&* 13. & August. Barbosa *in collectan. ad cap. potuit, de locato, num.* 4. cui adstipulatur Glossa singularis *in l. cùm proponas, Cod. de pactis*, resolvens, quod ubi alienatur res prohibita alienari in favorem alicujus, illo præsente, & tacente, valet alienatio, ita ut ab eo amplius impugnari non possit, argumento *l. cùm pater, §. libertis ff. de legatis*, 2. *& l. quoties, Cod. de fideicommiss.* Et potest etiam induci textus *in l.* 1. §. *scientiam, ff. de tributoria actione*, ibi, *Si igitur scit, & non protestatur, ac contradicit, tenebitur actione tributoria; & in l. quidam*, 12. *ff. de evictión.* Vbi quando unus de cohæredibus rem ad omnes pro indiviso spectantem vendidit, cæteris præsentibus nec contradicentibus, censetur, unusquisque partem suam vendidisse: & *l. si servus communis ff. de donat. inter virum, & uxorem*; ex quo textu refert Caldas *dicto cap.* 11. *de extinct. num.* 9. judicatum fuisse in Senatu Portuensi contra quendam Georgium de Sousa, qui petebat reddi sibi partem cujusdam villæ, quæ cùm ipsi, & alijs ejus fratribus competeret pro indiviso, promissa, & tradita fuerat in dotem cuidam ejus sorori, ipso præsente, nec dissentiente: additque idem Caldas, hanc sententiam confirmatam postea fuisse Aresto supremi Senatus Vlyssiponensis anno 1586. Accedit tandem quod tam jus commune *in d. l. ultima, Cod. de jure emphyt.* quam etiam Lusitanum, *in dicto tit.* 38. *in principio*, non requirit simpliciter alium domini consensum ad Emphyteusis alienationem, quam qui inducitur ex patientia domini, siquidem liberam facit potestatem emphyteutæ ad rem alienandam; eo ipso, quod dominus admonitus tantundem non offert, nec aliquid opponit. Quare mirum non est, quod dominus intelligatur sufficienter consentire, eo ipso, quod adsit, quando res alienatur, nec contradicat, vel tantundem pro ea offerat.

Neque urgent argumenta, quæ in contrarium afferuntur. Ad primum enim respondetur, hanc resolutionem maximè procedere, quando dominus non solùm est præsens, dum contractus alienationis celebratur, sed etiam per traditionem perficitur: in quo casu cessat argumentum. Addo autem, etiam quando dominus solùm adest celebrationi contractus, sufficere, quod tunc non contradicat, ut censeatur approbare alienationem, & cedere juri, quod alias sibi competebat, ut res non alienaretur ipso irrequisito; nam cùm videat Emphyteusim vendi, & nihil obstet, quominus statim possit protestari, se nolle ut tradatur, donec ipse intra tempus sibi concessum deliberet, utrùm eam velit pro eodem pretio, planè intelligitur approbare ipsam traditionem, atque adeò cedere cuilibet juri sibi competenti ad illi contraveniendum. 162

Ad secundum respondetur regulam illam, *Qui tacet*, locum etiam habere, 163 quando tacens, & potens facilè contradicere, leviter ex ipso præsumpto consensu læditur, ut probat textus *in l.* 2. §. *finali, ff. soluto matrimonio*, ubi filia tacens, quando solus pater dotem ejus repetit, pro consentiente habetur, eo quod levis admodùm sit læsio, cùm pater teneatur postea dotem filiæ restituere, ut habetur *Authent. sed quamvis, Cod. de rei uxoriæ actione*: & textus *in l. quam Tuberonis*. 7. §. *sunt quidam, ff. de peculio*, ubi ad hoc, ut servus peculium habeat, sufficit, quod dominus non adimat: quamvis ut illud administret, in quo maius periculum inest, necessaria sit domini concessio. Plura his similia affert Barbosa *in l. quæ dotis*, 34. *sub num.* 170. *ff. soluto matrimonio*: ubi, relatis alijs, fatetur hanc

hanc esse communem conclusionem; quamvis ipse eam non approbet. Similiter ergo locum habebit illa regula in præsenti casu; nam leve admodum, ac ferè nullum præjudicium domino tacenti sequitur ex eo quod censeatur consentire; si quidem perinde illi solvendum laudemium, & pensio à novo emphyteuta, ac si modo consueto alienationi consentiret. Neque ex eo, quod supposito illo præsumpto consensu, nequeat exigere pœnam commissi, censeri potest ullum præjudicium, aut incommodum illi sequi; nam pæna illa non cessat per se ratione talis consensus præsumpti, sed tantùm per accidens, quatenus alienans Emphyteusim, eo quod sibi persuaserit dominum tacentem consentire, excusatur à culpa, ex qua in commissum incideret: quod autem is à culpa excusetur, censeri non debet præjudicium domini, quasi commodo aliquo privetur, ad quod aliàs jus haberet: cùm nemo jus habeat, ut alter sit malus, & culpabilis; imo verò quilibet velle debeat, ut alij culpa vacent.

Vtrùm sufficiat, quod dominus sciens Emphyteusim fuisse alienatam, ipso irrequisito, pensionem recipiat à novo emphyteuta, ad hoc ut intelligatur alienationi consentire, nec jam eam possit impugnare?

§. III.

SUMMARIUM.

Respondetur quæstioni affirmativè. n. 164.

Vbi cum scientia, & taciturnitate domini concurrit aliquis ejus actus approbationem rei gestæ supponens, conveniunt Doctores tacentem consentire. ibidem.

Si dominus laudemium recipiat, vel investituram renovet, postquam novit emphyteusim fuisse alienatam, ipso irrequisito, alienationi factæ censetur consentire, & commissum remittere, eodem n. 164.

Explicatur Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 39. §. 1. ut solùm velit non censeri remitti à domino commissum, quando recipit pensiones ob quas non solutas emphyteuta in tale commissum incidit. ibid.

Vt dominus censeatur consentire alienationi factæ, ipso irrequisito, satis est, quod semel pensionem recipiat, postquam novit Emphyteusim fuisse ita alienatam; quamvis Gama existimet, oportere, ut post eam notitiam pensiones per decem annos recipiat. n. 165.

Non tantùm per scripturam, sed etiam per testes probari potest intervenisse consensum domini ad alienationem Emphyteusis necessarium, non obstante Ordinatione regia, quæ ad probationem cujusque contractus scripturam requirit. n. 166.

Præparatoria contractus, & qualitas illi inhærens potest probari per testes, licet probatio ipsius contractus non nisi per scripturam admittatur. ibid.

Ordinatio regia non ita postulat probationem per scripturam, ut excludat præsumptionem juris. eodem n. 166.

Præsumptio consensus ex diuturnitate temporis non tollitur per hoc, quod talis consensus non apparet in scriptura contractus, nisi quando consensus inseri debebat in ipsa scriptura. ibidem.

TErtia quæstio est, utrùm alienata Emphyteusi, domino irrequisito, sufficiat, quod is post notitiam alienationis taceat, & pensionem recipiat à novo emphyteuta, ut intelligatur alienationi consentire, nec jam postea illam impugnare valeat? Respondent affirmativè Caldas, *de renovat. q. 2. n. 4. & 5. in fin. & de extinct. cap. 11. n. 16. & 19. cum seq.* & Mol. *disp. 459. n. 17.* qui alios referunt. Ratio est, quia ubi cum scientia, & taciturnitate domini concurrit ali- 164

aliquis ejus actus approbationem rei gestæ supponens, omnes conveniunt tacentem consentire, ut videre est apud Baldum *in l. finali*, §. *necessitate*, *Cod. de bonis*, *quæ liberis*, *num.* 19 Panorm. *in cap. non ne*, *de præsumpt. n.* 2. Rodericum Soares *tit. de debitis*, *n.* 29. Petrum Barbosam, *in l. quædotis*, 34. *ff. soluto matrim. n.* 158. & alios, quos refert. Receptio autem pensionis à novo emphyteuta, postquam dominus rescivit Emphyteusim in eum translatam, planè supponit approbatã esse talem alienationem ab ipso domino: ergo censendus est consensum illi adhibuisse: nec jam postea eam alienationem impugnare potest, juxta regulam, *quod semel placuit*, *amplius displicere non potest*, *regula*, *quod semel*, *de regulis juris in* 6. *l. sicut ab initio*, *Cod. de actionibus*, *& obligationibus*; *& l. si ab arbitro*, *ff. qui satisdare cogantur*. Atque idem dicendum, si dominus laudemium acceperit, vel investituram renovaverit, ut bene cum alijs notat Caldas *dicto cap.* 11. *de extinct. n.* 16. satis enim per hoc ratificare, & confirmare censetur alienationem factam. Neque huic resolutioni obstat lex regia *lib.* 4. *Ordin. tit.* 39. §. 1. ibi, *Nem será relevado do commisso, em que cahio, ainda que lhe o senhorio receba as pensoens, salvo, se ao senhorio expresamente approuver de o relevar do commisso.* Nam, ut optime declarat Gama *decis.* 91. *n.* 5. *& decis.* 283. *n.* 3. Caldas *dicto cap.* 11. *n.* 25. & Molina *dicta disp.* 459. *n.* 17. hæc Ordinatio procedit de pensionibus, ob quas non solutas emphyteuta in commissum incidit: nostra verò resolutio procedit de pensione temporis sequentis, quam utique si dominus recipiat, commissum manifestè remittit.

165 Credit autem Gama *locis citatis*, *& decis.* 72. *num.* 5. *& decis.* 269. *n.* 2. *& decis.* 299. *n.* 3. *&* 4. ut dominus intelligatur consensisse dictæ alienationi, oportere, ut post ejus notitiam pensiones per decem annos receperit. Et videtur niti hic Author in eo, quod communiter tradunt Doctores necessariam esse possessionem decennalem ad præsumendum Emphyteusim legitimo titulo ad possessorem pervenisse; qua de re disseruimus latè *disp.* 1. *sect.* 2. §. 3. Cæterùm omninò tenendum est, sufficere, quod dominus semel pensionem recipiat, postquàm novit Emphyteusim ipso irrequisito alienatam, ut intelligatur eam approbasse, & consensum necessarium præstitisse, ut planè sentit Mol. *d. n.* 17. Sanch. *in simili lib.* 6. *de matrim. disp.* 4. *n.* 13. & expresse Caldas *dicto cap.* 11. *n.* 19. *&* 20. & Brittus *in cap. potuit*, §. 2. *n.* 7. *de locato*. Nam per unicam receptionem pensionis sufficienter indicatur approbari à domino eam alienationẽ, cùm non nisi tali approbatione supposita licitum ei esset ullam pensionem recipere Confirmatur à simili *ex l. si pars*, §. *illud*, *& l. penult.* §. *final. ff. de inofficioso testamento*, ubi censetur approbare testamentum, qui petit legatum sibi in eo relictum, *& ex l. ad solutionem*. *Cod. de re judicata*, ubi petens terminum, seu dillationem ad solvendum judicatum, censetur acquiescere sententiæ, & illam approbare. Similiter ergo recipiens semel pensionem, aut laudemium ab eo, in quem alienata est Emphyteusis, ipsam alienationem approbat.

Illud tamen huic traditioni videtur obstare, quod dictus consensus domini ad valorem alienationis requisitus debet probari per publicam scripturam, ut sentit Caldas *dicto cap.* 11. *de extinct. n.* 32. *ex Ordinat. regia lib.* 3. *tit.* 59. ubi hujusmodi tantùm probatio admittitur in negotijs concernentibus bona immobilia, quæ valorẽ decem aureorum excedant: unde saltem pro foro externo non videtur sufficere, quod dominus alienationis cõscius pensionem semel, aut iterum recipiat à novo emphyteuta, sed requiri 166

ad

refragari Caldas *supra*: nam solùm negat posse ab emphyteuta constitui Censum, cui res emphyteutica omni tempore, & loco subjecta sit: nostra autem sententia solùm procedit de Censu, qui duret, quandiu durat jus emphyteutæ: & ita declarant DD. citati.

143 Fundamentum est, quia constitutio Census est quædam alienatio impropria, quemadmodùm servitus, imo est quædam species servitutis: emphyteuta autem potest, domino inconsulto, subjicere rem emphyteuticam servituti, quæ duret, quandiu jus emphyteuticum ad ipsum spectat, ut probavimus, & declaravimus *sect. praced. n. 96. & seq.* Procedit autem hæc resolutio, spectata tantùm prohibitione juris vetantis alienari rem emphyteuticam, inconsulto domino: non autem, si in concessione emphyteutica expressè à domino sit prohibitum, ne res absque ejus consensu alienetur, ut loquendo de constitutione servitutis advertimus *loco nuper citato n. 98* & in specie tradit Steph. Gratian. *disceptat. forens. c. 202. n. 26.* & cum aliis Leotard. *de usuris coercen. quæst. 52. n. 17.*

Vtrùm res emphyteutica possit subjici vinculo maioratus, vel capellæ absque domini consensu?

§. VIII.

SUMMARIUM.

Emphyteusim perpetuam posse illi vinculo subjici absque consensu domini: non ita verò temporalem, prima sententia affirmat. num. 144.

Secunda verò sententia de utraque id negat; & hæc magis Authori probatur. n. 145.

Probatur in particulari, nullam Emphyteusim ex pacto & providentia, posse subjici vinculo maioratus, vel capella absque consensu domini. n. 146. & seq.

Hoc ipsum probatur de Emphyteusi purè, vel mixtè, hæreditaria. n. 148.

Emphyteusis ex pacto & providentia, neque de consensu domini potest regulariter subjici vinculo maioratus, vel capella in præjudicium eorum, qui ad eam sunt vocati: secus autem Emphyteusis purè, aut mixtè hæreditaria. n. 149.

Non est necessarius consensus domini, ut emphyteuta possit subjicere rem emphyteuticam oneri missarum, & anniversariorum, quod duret, quandiu durat jus ipsius emphyteutæ, dummodo tamen in prima concessione dominus expressè non prohibuerit rem alienari. n. 150.

Onus missarum, & anniversariorum impositum super aliquibus bonis, non efficit illa esse Ecclesiastica, vel inalienabilia. ibid.

Licet res emphyteutica relinquatur nulliter vinculata cum onere anniversarij, ipsum anniversarium non vitiatur, sed sustinendum est ex alia re libera. n. 151. remissivè.

Dubitatur octavò, utrùm res emphyteutica possit subjici vinculo maioratus, vel capellæ sine consensu domini? Duplex hac in re est sententia principalis. Prima asserit, si Emphyteusis sit perpetua, posse vinculari maioratui absq; domini consensu: secus verò si sit ad vitas. Ita resolvit Cabed. *1. p. dec. 130.* ubi *n. 3.* pro eadē sententia affert Barbos. in lectura non dum typis excussa super *l. filiusfamil. §. Divi. ff. de leg. 1.* Eandem videtur approbare Gam. *dec. 114. fin.* quāvis oppositū quoad utramq; partē magis probaverit *decis. 70. n. 2.* Stat etiam pro eadem sententia quoad primā partē quædam decisio Senatus Lusit. cujus meminit idem Gama *locis cit.* & ita observari in praxi hujus regni fatetur Gab. Pereyr. *dec. 26. n. 2. & 7.* ubi addit hanc praxim servandam esse; atque in ejus confirmationē adducit Menochiū, Riminaldū juniorē, Bursatum, Cald. & alios. Adducitur etiam in eandem sententiam Mol. Jurista *lib. 2. de primogenijs, c. 10. n. 71.* dum asserit, quod quando pater accepit Emphyteusim 144

teusim pro se, & hæredibus suis; vel pro se, atque filijs, & hæredibus suis simul, potest illam subjicere vinculo maioratus: non ita verò, si eam accepit pro se, ac filijs suis, non adjecta mentione hæredum. At hic Author non considerat necessitatem consensus domini, sed solùm præjudicium filiorum, quod dicit obstare, quādo non est facta mentio hæredum. Fundamentū hujus sententiæ est, quia si Emphyteusis sit perpetua, debet suaptè natura esse perpetuò penes accipientem, & successores; unde nulla domino fit injuria, si absque ejus consensu in perpetuum vinculetur, & alienari prohibeatur. Si autem sit ad vitas, non potest emphyteuta efficere, ut plus duret, quam concessio permittit.

145 Secunda sententia asserit, quod etiam quādo Emphyteusis est perpetua, & hæreditaria, non potest emphyteuta illi adjicere vinculum maioratus absque consensu domini. Hanc tenent Molin. Theologus *tom.* 3. *de just. disp.* 608. *n.* 2. Brittus *in c. potuit*, §. 2. *n.* 54. *fine*, *de locato*, dicens esse tanquam veriorem in praxi receptam, Gabr. Peteyra *d. decis.* 26. *n.* 2. *&* 4. (ubi pro ea affert Rolandinum) & Lara *de anniversarijs, & capellanijs, lib.* 1. *c.* 19. *n.* 11. ubi idem docet, quando agitur de subjicienda re emphyteutica vinculo capellæ, seu oneri anniversariorū cum prohibitione alienationis ut scilicet tali vinculo subjici non possit absq; cōsensu domini? Quod etiam ex sententia quorundam Senatorum tradit Gama *decis.* 218. *n.* 3. *&* 10. Et hæc mihi videtur longe verior, pro cujus maiori explicatione, & probatione sequentes statuo conclusiones.

146 Prima conclusio. Quando Emphyteusis est tantùm ex pacto & providentia, in cujus scilicet cōcessione non est facta mentio hæredum, non potest emphyteuta eam subjicere vinculo maioratus, aut capellæ, sive talis Emphyteusis sit ad vitas, siue perpetua, id est, absque limitatione ad certum numerum personarum; ut quando est absolutè concessa pro filijs, & descendentibus. Ratio est, quia quilibet possessor talis Emphyteusis solùm habet jus in re emphyteutica pro tempore vitæ suæ: qua finita debet succedere sequens vocatus ex vi concessionis emphyteuticæ, qua à domino vocatus est, ita ut Emphyteusim immediatè accipiat, non à prædecessore, sed à domino concedente, ut probat celebris textus *in l. unum ex familia*, §. *si de falcidia*, *ff. de leg.* 2, Bartholus *in l. mortis causa*, *ff. de donat. causa mortis*, Molina *de primogenijs, lib.* 1. *cap.* 9. *n.* 2. Gama *decis.* 233. Caldas *de nominat. quæst.* 10. *numer.* 3. *& de potestat. elig. cap.* 16. *n.* 3. Molina Theologus *disp.* 479. *num.* 3. & cæteri communiter. Qui autem solùm habet jus in re aliqua pro tempore vitæ suæ, non potest illi adjicere vinculum maioratus, aut capellæ, ex quo post ejus mortem pertineat ad vocatos per ipsum, cum resoluto jure dantis, resolvatur, & extinguatur jus accipientis, *l. lex vectigali*, *ff. de pignoribus*, *l. Statius Florus*, §. *Cornelio Felici*, *ff. de jure fisci.*

Dices, quod saltem quando Emphyteusis perpetua est concessa cum libera facultate nominandi successorem, potest emphyteuta maioratum, aut capellam ex ea instituere, nominando ad illam aliquam successorum seriem, in quibus in perpetuum conservetur. Respondeo, si loquamur de Emphyteusi nominationis, quæ ordinariè concedi solet, nequaquam ex ea posse ab emphyteuta maioratum, vel capellam institui, quia ejusmodi Emphyteusis etiam in perpetuum cōcessa, solùm conceditur cum facultate, ut primus possessor possit nominare secundū, & secundus tertium, & sic de cæteris: unde nullus habet facultatē nominādi cum effectu plures successores, vel alii, quam eorum seriem, prout requiritur ad institutionē maioratus, vel capellæ. Si autem fingamus concessam esse 147

 alicui

alicui Emphyteusim cum facultate nominandi in infinitum personas, quæ in eam succedant, tunc quidem poterit ille primus acquirens eam vinculare ad instar maioratus, nominando ad eam certam aliquam personarum seriem, in quibus perpetuetur. Sed hoc jam fit ex concessione domini, & est veluti casus metaphysicus, qui nunquam evenit.

148 Secunda conclusio. Etiam quando Emphyteusis est hæreditaria concessa in perpetuum pro quibusvis hæredibus, & successoribus, vel pro filijs, & descendentibus, similibusve personis, quæ sint hæredes, non potest emphyteuta illi adjicere vinculum maioratus, vel capellæ absque consensu domini. Probatur, quia licet emphyteuta habeat jus disponendi per mortem de ejusmodi Emphyteusi, & non tantùm titulo hæreditatis, sed etiam legati eam possit relinquere cuivis personæ ex comprehensis in investitura, ut *supra §.* 4. probavimus, attamen, si ei adderet vinculum maioratus, vel capellæ, cederet tale vinculum in magnum præjudicium domini; siquidem per illud privaretur dominus spe recuperandi sibi aliquando rem emphyteuticam quo ad plenum dominium, & recipiendi laudemium ex venditione illius; cùm res vinculatæ sint invendibiles, & inalienabiles: emphyteutæ autem nunquam intelligitur concessa facultas disponendi de re emphyteutica cum præjudicio domini, nisi quatenus ab ipso expressum fuerit, cùm nemo censeatur velle sibi præjudicare; neque in concessione generali veniant ea, quæ, si in specie postularentur, verosimiliter non concederentur, *regula in generali, de reg. juris in 6.*

149 Tertia conclusio. Si Emphyteusis sit ex pacto & providentia, neque de consensu domini potest regulariter emphyteuta maioratum, aut capellam ex illa instituere in præjudicium eorum qui ad eam sunt vocati: secùs autem si Emphyteusis sit hæreditaria, præsertim si sit simpliciter hæreditaria, & transitoria ad extraneos. Ratio prioris partis est, quia ex stipulatione, qua primus acquirens Emphyteusim impetravit pro se, & alijs, ad eam vocatis in ipsa concessione, acquisierunt omnes vocati jus ad succedendum in illa, eamque obtinendam, prout sibi tunc concessa fuit: quo jure neque ab ipso domino privari possunt absque suo facto, vel culpa, *l. id quod nostrùm, ff. de regulis juris, l. final. ff. de pactis.* Et ita hanc sententiam tueri debent omnes, qui docent non posse patrem etiam ex cōsensu domini, disponere de ejusmodi Emphyteusi cum præjudicio filiorum ad eam vocatorum. Qua de re latius à nobis agendum est *disp.* 5. *sect.* 3. Dixi autem regulariter, quia multi sunt casus in quibus hæc resolutio fallit, ut citato loco videbimus. Alia pars constat, quia quando Emphyteusis est hæreditaria, nemo habet jus ad succedendum in illam, nisi post mortem possessoris: & ita, dum possessor vivit, potest liberè de illa disponere ex consensu domini, cum in hoc nemini fiat injuria. Et de hoc etiam à nobis plenè agendum est loco citato.

Si quæras, utrùm possit emphyteuta absque domini consensu subjicere rem emphyteutam oneri missarum, 150
vel anniversariorũ, non addito vinculo maioratus, aut capellæ, prohibitioneve alienationis? Respondetur affirmativè, cum Lara *d. lib.* 1. *de anniversf. cap.* 19. *n.* 9. contra Gabr. Pereyra *d. decis.* 26 *n.* 3. quia per tale onus non mutatur natura taliũ bonorum; non enim fiunt Ecclesiastica, ut bene Valascus *consult.* 60. *num.* 12. & idem Lara *eodem lib.* 1. *cap.* 5. *n.* 61. *&* *lib.* 2. *cap.* 1. *num.* 13. *&* 40. Neque inalienabilia, ut per Valascum *consultat.* 82. *n.* 8. & plures alios apud Emmanuelem Barbos. *in remiss. ad Ordin. regiam, lib.* 1. *tit.* 62. *§.* 53. *n.* 2. Unde non minus possunt subjici illi oneri, quam alicui censui, vel servituti: quæ

quæ onera superius admisimus imponi posse ab emphyteuta super re emphyteutica absque domini consensu. Solùm autem durabit tale onus, quandiù duraverit jus ipsius emphyteutæ, ut notat idem Lara, & satis constat ex supradictis *sect. præced.* §. 2. ubi explicuimus quousque durent ejusmodi onera imposita absque consensu domini: intelligi etiam hoc debet, dummodo dominus in ipsa concessione emphyteutica non prohibuerit expresse rem alienari, ut ibidem notavimus *n.* 98.

151 Vtrùm autem, quando res emphyteutica relinqueretur nulliter vinculata cum onere anniversarij, vitietur ipsum anniversarium, vel potius sustineri debeat ex alia re libera ad similitudinem legati rei alienæ? Hoc secundum tuetur Lara *dicto cap.* 19. *n.* 14. *cum seqq.* quem vide.

Vtrùm emphyteuta possit demittere Emphyteusim inuito domino? Et attinguntur quædam aliæ dubitationes remissivè.

§. IX.

SVMMARIVM.

Emphyteuta non potest inuito domino renunciare, seu demittere Emphyteusim. num. 152.

Si mater Emphyteusim accepit pro se, & filijs, possunt filij eam renunciare, nisi eorum ratificatio subsequuta sit. ibid.

Attinguntur remissivè quædam alia dubitationes. n. 153.

Vtrùm Emphyteuses fisci, seu Reipublicæ, vulgò, Reguengos, qui etiam fundi patrimoniales, & prædia vectigalia dicuntur, possint alienari, domino irrequisito? num. 154.

Ejusmodi bona emphyteutica non possunt in hoc regno alienari in Ecclesias, neque in personas Ecclesiasticas, neque etiam quadam ex parte in Dynastas. ibidem.

Dominus potest suum dominium directum alienare sine consensu emphyteutæ. n. 155.

Dubitatur nonò, utrùm imphyteuta possit renunciare, seu demittere Emphyteusim domino invito? 152 Respondetur negativè ex communi sententia, quam cum Baldo, Jasone, & alijs tenent Valasc. *consult.* 28. *sub n.* 4. Pinelus *in l.* 2. *p.* 1. *c.* 4. *n.* 2. *in med. C. de rescind. vend.* ubi docet hoc esse receptum in Emphyteusi, & regulariter etiam observari in feudo antiquo *& in l.* 1. *p.* 2. *n.* 72. *limit.* 8. *C. de bonis mat.* Mol. *disp.* 453. *n.* 24. & plures alij apud Aug. Barb. *in addit. ad remis. Ord. reg. lib.* 4. *n.* 104. Ratio est aperta, quia licet contractus à principio fuerit voluntarius, tamen neutri contrahentium licitum est ab eo recedere altero inuito: unde quemadmodum dominus directus tenetur stare contractui emphyteutico, ita ut ab illo non possit recedere inuito emphyteuta; ita etiam tenetur emphyteuta, ut non possit resilire inuito domino. Limitat autem Camillus Borrellius apud August. Barbos. *sup.* ut hoc non procedat, quando Emphyteusis accepta esset per matrem pro se, & filijs, quod, tunc nisi filiorum ratificatio subsequatur; possint filij Emphyteusim renunciare.

Alias dubitationes, quæ hic excitari possent, ut, an sit necessarius consensus domini ad rescindendam venditionem Emphyteusis ob læsionem ultra, vel citra demidium justi pretij, aut ex beneficio restitutionis in integrum, aut ex pacto de retrovendendo? Item, an sit necessarius ad permutandam ipsam Emphyetusim, aut transigendum circa illam? Et similes, consulto hic omittimus; nam quid circa ejusmodi contractus, & alienationes tenendum sit, satis constat ex dictis *sectione* 5. *hujus disputationis*. §§. 3. 4. 5. 6. *&* 7. 10. *&* 11. ubi explican- 153

explicando, an laudemium in illis casibus debeatur, sufficienter declaravimus, quando in eis oporteat adhiberi, aut non adhiberi consensum domini.

154 Omitto hic etiam illam quæstionem, an prædia vectigalia, & fundi patrimoniales, quos vulgo appellamus hodie, *Reguengos*, ac generaliter Emphyteuses fisci, vel Reipublicæ, alienari possint domino irrequisito; circa quam in utramque partem latè disputat Caldas *de extinct. cap. 2. à num. 9.* & partem negativam sequitur *cap. 4. n. 35.* saltem secundùm jus Lusitanum, *lib. 4. Ordin. tit. 36. §. penult.* ubi habetur, ut in concessionibus emphyteuticis bonorum ad coronam spectantium servetur, quod circa Emphyteuses particulares constitutum est. Videri etiam potest Valascus *de jure emphyt. q. 13. sub num. 1. §. hoc autem, & q. 38. in fin.* & Gama *decis. 142. n. 2.* Rebel. *2. p. lib. 3. q. 4. n. ult.* & Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 3. n. 11.* qui omnes quo ad Emphyteuses fisci, seu regiæ coronæ, partem sequuntur affirmativam. Additque Valasc. *supra*, dictos fundos patrimoniales, vulgo, *Reguengos*, pleno jure spectare ad successores, salvo canone, qui Regi debetur. Ordinatione autem hujus regni, *lib. 2. tit. 16.* specialiter cavetur, ne ejusmodi bona alienentur, seu transferantur in Ecclesias, vel monasteria, aut in personas Ecclesiasticas, & quod talis alienatio fit nulla, ipsaque bona Regi amittantur: similisque prohibitio pro Dynastis ponitur titulo sequenti.

155 Illud tandem hic notandum, quod bene post alios tradit Caldas *de extinct. cap. 12. fine*, & Brittus *in cap. potuit, §. 2. n. 4. de locato*, licet emphyteuta non possit Emphyteusim alienare domino irrequisito, attamen è contra, dominum posse irrequisito consensu emphyteutæ suum dominiũ directum alienare; atque ita habere usum, & praxim communem horum regnorum. Consentit, relatis pluribus. Augustinus Barbosa *in collect. ad d. cap. potuit, de locato, num. 7.* ubi tamen cum alijs addit, hoc fellere, quando emphyteuta ex venditione à domino directo facta damnum sentiret in jugationibus, & similibus, à quibus immunis erat propter privilegium ipsius domini directi; qua utilitate carere debeat apud emptorem. Hanc verò limitationem, licet communem, & in judicando tenendam fateatur Brittus *ubi supra*, ipse tamen eam non admittit, nisi in casu, quo dominus directus habens dictum privilegium, maiorem pensionem à principio imposuit, ratione illius immunitatis, & maioris utilitatis, qua emphyteuta ob tale privilegium potiturus erat.

SECTIO OCTAVA.

Quinam consensus domini sufficiat, ut alienatio Emphyteusis perfici possit?

CVm proximè statuerimus non posse regulariter alienari Emphyteusim absque consensu domini, videndũ consequenter, est, quinam consensus sufficiat? Qua de re plures satis utiles sunt quæstiones, quas latè, atque eruditè, ut solet, pertractat Caldas. *de extinct. cap. 11. & 12.* eas tamen quam brevissimè expediemus.

Vtrùm ad alienandam Emphyteusim requiratur expressus consensus domini?

§. I.

SUMMARIUM.

Spectato jure communi, & Lusitano, non

non requiritur expressus consensus domini ad Emphyteusim alienandam, sed sufficit quasi interpretativus. n. 156.

Qualis consensus requiratur, si dominus in ipso contractu emphyteutico expressit, ut res non posset alienari absque ejus consensu? n. 157.

An sufficiat consensus tacitus, quando in contractu apposita est clausula, ut non possit alienari Emphyteusis absque licentia domini? n. 158.

Quid si in contractu apposita esset clausula, ut Emphyteusis non possit alienari absque expresso consensu, vel licentia domini? n. 159.

156 PRima quæstio est, utrùm ad alienationem Emphyteusis requiratur expressus consensus domini? Respondetur negativè, si tantùm juris communis, & Lusitani dispositionem spectemus. Nam ut *præcedenti sect. §. 1. n. 112. & seq.* jam monuimus, ut Emphyteuta possit rem emphyteuticam alienare, & tradere, solùm ex vi prædictorum jurium tenetur requirere dominum, ut videat, an pro eodem pretio eam sibi velit accipere; vel, an habeat aliquam legitimam exceptionem contra personam, in quam alienatio est facienda: quod si dominus post talem requisitionem non declaret, saltem intra duos menses, se velle rem sibi accipere, & pretium solvat, vel non excipiat adversus personam, in quam alienatio intentatur, statim nullo alio ejus consensu expectato, potest res in prædictam personam alienari: ubi vides non requiri, quod dominus formaliter, & expresse consentiat, sed sufficere, quod consentiat, quasi interpretativè, quatenus requisitus tantundem non offert, neque dictam exceptionem opponit, estò alias expresse nolit, ut Emphyteusis alienetur. Quæ omnia constant ex *l. ultima, Cod. de jure emphyt. & ex l. regia lib. 4. Ordin. tit. 38. in principio.*

157 Si autem in ipso contractu emphyteutico expresse cautum sit, ut non possit emphyteuta rem alienare absque consensu, vel absque licentia domini, tunc videtur non sufficere, quod dominus ab emphyteuta requisitus tantundem non offerat, neque excipiat, sed requiri, ut expresse consentiat, aut saltem ita se gerat, non repugnando, neque ostendendo se esse invitum, ut sufficienter intelligatur eum positivè consentire, quamvis id non exprimat. Ratio est, quia illa expressa prohibitio posita in concessione emphyteutica aliquid amplius operatur, quam sola prohibitio legis vetantis alienari Emphyteusim, domino irrequisito: & ipsa verborum proprietas exigit, ut dominus aliquo modo positivè cõsentiat; id quod *ex l. regia lib. 3. tit. 93. §. ult.* satis apertè colligitur, ut cum Caldas ponderavimus *dicto §. 1. sectionis præcedentis. n. 113.*

Imo quando in contractu emphyteutico apposita est clausula, ut non possit Emphyteusis alienari absque licentia domini, videtur non sufficere consensus tacitus, sed requiri licentia expressa; quia ubi licentia exigitur debet esse expressa juxta plurimos Doctores, quos refert Caldas, *de extinct. cap. 11. num. 5. & 14.* Nihilominus tamen sufficere tacitum, resolvit idem Caldas *num. 15.* ex doctrina Panormitani *in cap. cum dilectus, n. 2. de consuetudine*, & aliorum, quos refert. Et dici etiam potest, quod in hoc regno, cùm agitur de facultate alienandi Emphyteusim, pro eodem usurpatur licentia, atque consensus, juxta Ordinationem regiam *lib. 4. tit. 38.* ubi utroque vocabulo ad significandum domini cõsensum utitur. Credo præterea, in praxi non attendi, an Emphyteusis concessa sit cum illa expressa prohibitione, ne alienetur sine consensu, vel licentia domini, sed sive cum tali prohibitione, sive absolutè concessa sit, solùm postulari, ut Emphyteusis non alienetur domino irrequisito; pro ut jure communi,

muni, & Lusitano cavetur.

159 Si tamen in contractu apposita sit clausula, ut sine expresso domini consensu, aut licentia alienari non possit, tunc non sufficeret requiri dicto modo dominum, sed esset necessarius expressus illius consensus; nam pacta in contractu emphyteutico apposita omnino servari debent, *l. 2. Cod. de jure emphyt.* Quamquam in hoc etiam casu non ineptè dici potest, quod prohibitio alienandi absque expresso consensu domini intelligitur, dum non transit bimestre, vel mensis, qui domino post requisitionem conceditur, ut deliberet, an velit tantundem offerre; ut nimirum ante illum transactum non possit emphyteuta sine expresso ejus consensu rem alienare: illo verò transacto, non teneatur alium consensum expectare, eo quod lex ipsi facultatem tribuat rem liberè alienandi; atque eo ipso, quod dominus toto eo tempore non declaret, se velle, aut non velle tantundem offerre, videatur neglexisse jus, quod habebat, ut res absque ejus consensu alienari non posset.

Vtrùm dominus intelligatur sufficienter consentire, si sit præsens, & taceat?

§. II.

SUMMARIUM.

Negant aliqui intelligi dominum tacitè consentire alienationi, quando adest venditioni Emphyteusis, & tacet. n. 160.

Opposita sententia defenditur. n. 161.

Vbi alienatur res prohibita alienari in favorem alicujus, illo præsente, & tacente, valet alienatio, itaut ab eo amplius impugnari non possit. ibidem.

Solvuntur fundamenta primæ sententiæ. n. 162. & seq.

Regula, qui tacet consentire videtur, non solùm habet locum, quando consensus prodest tacenti, sed etiam, quando ei leviter nocet. n. 163.

Secunda quæstio est, an non requisito domino, sufficiat ejus præsentia cum taciturnitate, ut intelligatur tacitè consentire, isque tacitus ejus consensus sufficiat? Negant loquendo de venditione Emphyteusis Cynus *in l. fin. Cod. de jure emphyt.* & ibi Albericus, *columna* 1. Jason *q. 23. n. 240.* & alij apud Caldas, *de extinct. cap. 11. n. 5. ante finem.* Pro hac etiam parte stat Brittus *in cap. potuit, §. 2. num. 7. de locato.* Probatur primò, quia, ut tacens censeatur consentire, opus est, ut videat fieri rem aliquam in præjudicium sui juris, quo cedere videatur, dum tacet, & de illo non protestatur: hoc autem non contingit, quando Emphyteusis venditur domino præsente, & tacente: tum quia emphyteuta simpliciter vendens solùm videtur vendere suum dominium utile, secundū formam juris, id est, dummodò consensus domini accedat ante traditionem: unde intelliget dominus jus suum manere salvum, neque opus sibi esse de illo protestari; & ideo licet taceat, & non protestetur, censeri non potest, quod consentiat, ut res tradi possit, ipso irrequisito: tum, quia dominus prohibere non potest, ne Emphyteusis vendatur; nam Emphyteuta & illam vendere, & pretium recipere, cæteraque omnia liberè potest facere, dummodo ad traditionem non perveniat: ergo quod dominus id fieri videns taceat, nullo suo jure intelligitur cedere, cùm nihil fiat contra jus illius. Secundò, quia regula illa, *Qui tacet, consentire videtur*, 43. *de regulis juris in 6.* procedit, quando consensus prodest tacenti; non autem quando illi nocet: tunc enim dissentire potius censetur, *l. filiusfamilias, 8. in fine principij, ff. de procuratoribus.* In præsenti autem non est domino commodum 160

consen-

consentire alienationi; sed potius incommodum, & noxium, cùm se privet utilitate vendicandi rem in pœnam commissi.

161 Oppositam nihilominus sententiam meritò cum alijs defendit Cald. *supra num.* 4. *&* 13. & August. Barbosa *in collectan. ad cap. potuit. de locato, num.* 4. cui adstipulatur Glossa singularis *in l. cùm proponas, Cod. de pactis*, resolvens, quod ubi alienatur res prohibita alienari in favorem alicujus, illo præsente, & tacente, valet alienatio, ita ut ab eo amplius impugnari non possit, argumento *l. cùm pater, §. libertis ff. de legatis*, 2. *& l. quoties, Cod. de fideicommiss.* Et potest etiam induci textus *in l.* 1. *§. scientiam, ff. de tributoria actione*, ibi, *Si igitur scit, & non protestatur, ac contradicit, tenebitur actione tributoria*; *& in l. quidam*, 12. *ff. de eviction.* Vbi quando unus de cohæredibus rem ad omnes pro indiviso spectantem vendidit, cæteris præsentibus nec contradicentibus, censetur, unusquisque partem suam vendidisse: & *l. si servus communis ff. de donat. inter virum, & uxorem*; ex quo textu refert Caldas *dicto cap.* 11. *de extinct. num.* 9. judicatum fuisse in Senatu Portuensi contra quendam Georgium de Sousa, qui petebat reddi sibi partem cujusdam villæ, quæ cùm ipsi, & alijs ejus fratribus competeret pro indiviso, promissa, & tradita fuerat in dotem cuidam ejus sorori, ipso præsente, nec dissentiente: additque idem Caldas, hanc sententiam confirmatam postea fuisse Aresto supremi Senatus Vlyssiponensis anno 1586. Accedit tandem quod tam jus commune *in d. l. ultimâ, Cod. de jure emphyt.* quam etiam Lusitanum, *in dicto tit.* 38. *in principio*, non requirit simpliciter alium domini consensum ad Emphyteusis alienationem, quam qui inducitur ex patientia domini, siquidem liberam facit potestatem emphyteutæ ad rem alienandam; eo ipso, quod dominus admonitus tantundem non offert, nec aliquid opponit. Quare mirum non est, quod dominus intelligatur sufficienter consentire, eo ipso, quod adsit, quando res alienatur, nec contradicat, vel tantundem pro ea offerat.

Neque urgent argumenta, quæ in contrarium afferuntur. Ad primum enim respondetur, hanc resolutionem maximè procedere, quando dominus non solùm est præsens, dum contractus alienationis celebratur, sed etiam per traditionem perficitur: in quo casu cessat argumentum. Addo autem, etiam quando dominus solùm adest celebrationi contractus, sufficere, quod tunc non contradicat, ut censeatur approbare alienationem, & cedere juri, quod alias sibi competebat, ut res non alienaretur ipso irrequisito; nam cùm videat Emphyteusim vendi, & nihil obstet, quominus statim possit protestari, se nolle ut tradatur, donec ipse intra tempus sibi concessum deliberet, utrùm eam velit pro eodem pretio; planè intelligitur approbare ipsam traditionem, atque adeò cedere cuilibet juri sibi competenti ad illi contraveniendum. 162

Ad secundum respondetur regulam illam, *Qui tacet*, locum etiam habere, 163
quando tacens, & potens facilè contradicere, leviter ex ipso præsumpto consensu læditur, ut probat textus *in l.* 2. *§. finali, ff. soluto matrimonio*, ubi filia tacens, quando solus pater dotem ejus repetit, pro consentiente habetur, eo quod levis admodùm sit læsio, cùm pater teneatur postea dotem filiæ restituere, ut habetur *Authent. sed quamvis, Cod. de rei uxoriæ actione*: & textus *in l. quam Tuberonis*, 7. *§. sunt quidam, ff. de peculio*, ubi ad hoc, ut servus peculium habeat, sufficit, quod dominus non adimat: quamvis ut illud administret, in quo maius periculum inest, necessaria sit domini concessio. Plura his similia affert Barbosa *in l. quæ dotis*, 34. *sub num.* 170. *ff. soluto matrimonio*: ubi, relatis alijs, fatetur hanc

aliquis ejus actus approbationem rei gestæ supponens, omnes conveniunt tacentem consentire, ut videre est apud Baldum *in l. finali*, §. *necessitate*, *Cod. de bonis*, *quæ liberis*, *num.* 19 Panorm. *in cap. non ne*, *de præsumpt. n.* 2. Rodericum Soares *tit. de debitis*, *n.* 29. Petrum Barbosam, *in l. quæ dotis*, 34. *ff. soluto matrim. n.* 158. & alios, quos refert. Receptio autem pensionis à novo emphyteuta, postquam dominus rescivit Emphyteusim in eum translatam, planè supponit approbatã esse talem alienationem ab ipso domino: ergo censendus est consensum illi adhibuisse: nec jam postea eam alienationem impugnare potest, juxta regulam, *quod semel placuit*, *amplius displicere non potest*, *regula*, *quod semel*, *de regulis juris in* 6. *l. sicut ab initio*, *Cod. de actionibus*, *& obligationibus*; *& l. si ab arbitro*, *ff. qui satisdare cogantur.* Atque idem dicendum, si dominus laudemium acceperit, vel investituram renovaverit, ut bene cum alijs notat Caldas *dicto cap.* 11. *de extinct. n.* 16. satis enim per hoc ratificare, & confirmare censetur alienationem factam. Neque huic resolutioni obstat lex regia *lib.* 4. *Ordin. tit.* 39. §. 1. ibi, *Nem será relevado do commisso, em que cahio, ainda que lhe o senhorio receba as pensoens, salvo, se ao senhorio expresamente approuver de o relevar do commisso.* Nam, ut optime declarat Gama *decis.* 91. *n.* 5. *& decis.* 283. *n.* 3. Caldas *dicto cap.* 11. *n.* 25. & Molina *dicta disp.* 459. *n.* 17. hæc Ordinatio procedit de pensionibus, ob quas non solutas emphyteuta in commissum incidit: nostra verò resolutio procedit de pensione temporis sequentis, quam utique si dominus recipiat, commissum manifestè remittit.

165 Credit autem Gama *locis citatis*, *& decis.* 72. *num.* 5. *& decis.* 269. *n.* 2. *& decis.* 299. *n.* 3. *&* 4. ut dominus intelligatur consensisse dictæ alienationi, oportere, ut post ejus notitiam pensiones per decem annos receperit. Et videtur niti hic Author in eo, quod communiter tradunt Doctores necessariam esse possessionem decennalem ad præsumendum Emphyteusim legitimo titulo ad possessorem pervenisse; qua de re disseruimus latè *disp.* 1. *sect.* 2. §. 3. Cæterùm omninò tenendum est, sufficere, quod dominus semel pensionem recipiat, postquàm novit Emphyteusim ipso irrequisito alienatam, ut intelligatur eam approbasse, & consensum necessarium præstitisse, ut planè sentit Mol. *d. n* 17. Sanch. *in simili lib.* 6. *de matrim. disp.* 4. *n.* 13. & expresse Caldas *dicto cap.* 11. *n.* 19. *&* 20. & Brittus *in cap. potuit*, §. 2. *n.* 7. *de locato.* Nam per unicam receptionem pensionis sufficienter indicatur approbari à domino eam alienationẽ, cùm non nisi tali approbatione supposita licitum ei esset ullam pensionem recipere Confirmatur à simili *ex l. si pars*, §. *illud*, *& l. penult.* §. *final. ff. de inofficioso testamento*, ubi censetur approbare testamentum, qui petit legatum sibi in eo relictum, *& ex l. ad solutionem. Cod. de re judicata*, ubi petens terminum, seu dillationem ad solvendum judicatum, censetur acquiescere sententiæ, & illam approbare. Similiter ergo recipiens semel pensionem, aut laudemium ab eo, in quem alienata est Emphyteusis, ipsam alienationem approbat.

Illud tamen huic traditioni videtur obstare, quod dictus consensus domini ad valorem alienationis requisitus debet probari per publicam scripturam, ut sentit Caldas *dicto cap.* 11. *de extinct. n.* 32. *ex Ordinat. regia lib.* 3. *tit.* 59. ubi hujusmodi tantùm probatio admittitur in negotijs concernentibus bona immobilia, quæ valorẽ decem aureorum excedant: unde saltem pro foro externo non videtur sufficere, quod dominus alienationis cõscius pensionem semel, aut iterum recipiat à novo emphyteuta, sed requiri 166

ad

ad minimum, ut etiam recipiat per decem annos, ad hoc, ut præsumatur intervenisse scriptura, cum cæteris requisitis. At hæc objectio facilimè excluditur, tum quia probabilius fortasse est, dictum consensum domini non solùm per publicum instrumentum, sed etiam per testes probàri posse, ut non obstante dicta Ordinatione regia, tradit Gama *decis. 72. n. 3.* affirmans ita judicatum fuisse in supremo Senatu hujus regni, eo quod præparatoria contractus, & qualitas illi inhærens per testes probari possint, licet probatio ipsius contractus principalis non nisi per instrumentum publicum admittatur: tum etiam, quia illa Ordinatio non ita postulat probationem per scripturam, ut excludat probationem per præsumptionem legis, ut tradit, relatis multis, Valascus *de jure emphyt. q. 7. n. 33.* præcipuè namque intendit, ne testibus probetur. Vnde expressè in ea admittitur probatio per confessionem rei conventi, & per juramuntum actoris, quando conventus jurare in contrarium detrectat, ut idem Valascus advertit.

Vtrùm consensus domini ad Emphyteusim alienamdam præstari possit per procuratorem, vel administratorem?

§. IV.

167 QUarta quæstio est, utrùm dictus consensus domini possit præstari per alium, quam per ipsum dominum directum, ut per procuratorem, vel administratorem? Rationem dubitandi pro negativa parte præbuit *l. ult. Cod. de jure emphyt.* ubi decernitur novum emphyteutam mittendum esse in possessionem, non per conductorem, vel procuratorem, sed per ipsum dominum, vel per litteras ejus: unde aliqui admittentes posse in feudo præstari consensum per procuratorem, id negant in Emphyteusi. Nihilominus tamen hunc consensum præstari etiam posse in Emphyteusi per procuratorem habentem speciale mandatum, tradit cum alijs Caldas *de extinct. c. 11. n. 26. & 31.* ubi affirmat, dispositionem illam dictæ legis ultimæ jam diu à judicijs, & usu forensi ab legatam esse. Item præstari similiter posse per administratores, ut per tutorem, quando ejus pupillus est dominus directus; & per patrem administrantem bona filij habentis similiter dominium directum; & per maritum quando ad ejus uxorem Emphyteusis spectat quo ad ejusmodi dominium, docet bene idem Caldas *dict. cap. 11. n. 34. & 46. & cap. 12.* ubi latè de marito; quæ omnia, quia vulgaria sunt, & hodie citra controversiam, hîc probare omittimus. Videatur Caldas locis citatis. Item solum prælatum Ecclesiæ, vel Monasterij absque approbatione Capituli posse dictum consensum præstare, & caducitatem remitere, docent cum alijs Sanches *lib. 6. de matrimonio, disp. 4. n. 13.* & August. Barbosa *in additamentis ad remiss. Ordin. regiæ, lib. 4. n. 124. & in collectan. ad cap. potuit, de locato, num. 5.* ubi etiam Brittus §. 2. *num. 8.* Qui tamen rectè admonet, quod quando Emphyteusis spectat ad mensam capitularem, & non ad Episcopalem, requirendus est consensus ipsius Capituli. Et is proculdubio sufficit.

Vtrùm

Vtrùm quando sunt duo domini directi ejusdem rei emphyteuticæ, utriusque consensus requiratur ad eam alienandam?

§. V.

SUMMARIUM.

Resolvitur quæstio affirmativè. n. 168.

Qui emphyteusim ad duos dominos directos spectantem cum solo consensu unius domini alienat, incidit in commissum pro parte alterius. ibidem.

Quando dominium directum spectat pro indiviso ad maritum, & uxorem, potest emphyteuta alienare Emphyteusim cum solo consensu mariti. n. 169.

168 QUinta quæstio est, utrùm quando sunt duo domini directi ejusdem rei emphyteuticæ, utriusque consensus requiratur ad eam alienandam? Hujus quæstionis resolutio pendet ex illa alia, sequenti sectione tractanda, utrùm quando ex duobus dominis directis unus consentit, ut Emphyteusis vendatur, alter verò eam vult retinere pro sua parte, solvendo pretium pro rata, audiendus sit hic secundus dominus, & pro sua parte emptori præferendus? Igitur missa nunc controversia, & sequendo tamquam probabiliorem opinionem illorum, qui sentiunt, audiendum, & præferendum esse illum secundùm dominum, prout, relatis alijs, sentiunt Molina *disp.* 459. *num.* 13, & Caldas, *de extinctione*, *cap.* 12. *num.* 23. & 24. dicendum consequenter est ad præsentem quæstionem, utriusque domini consensum esse necessarium, ut exprimit idem Molina *dicto num.* 13. & Caldas *num.* 9. cum Joanne Andrea, Jasone, & Gregorio Lopes. Et ratio breviter est. quia, cùm ille secundus dominus jus prælationis habeat, non obstante consensu prioris domini, consequens est, ut debeat requiri, ad hoc ut possit tali jure uti, si rem pro sua parte obtinere velit, pretium ejus solvendo. Unde notat Mol. *d. n.* 13. post Sylvestrum *verbo Emphyteusis*, *quæst.* 5. *pronunciato* 2. emphyteutam alienantem cum solo consensu unius domini incidere in commissum pro parte alterius, cujus consensum non requisivit.

Neque opponas ex his sequi, non sufficere consensum solius mariti, quādo uterque conjux habet pro indiviso dominium directum rei emphyteuticæ, ut evenit in ijs qui contrahunt per chartam, ut vocant, medietatis, seu communicationis omnium bonorum. Non valet enim sequela, nam quamvis uxor sit etiam domina directa, tamen solus maritus habet administrationem omnium bonorum; & ideo ejus tantum consensus necessarius est, ut rectè advertit Caldas *d. c.* 12. *n.* 9. & Mol. *d. disp.* 459. *n.* 14. Superior verò resolutio procedit, quando uterque dominus parem habet administrationem, & potestatem super re emphyteutica. 169

An pro Emphyteusi alienanda sufficiat consensus domini directi minoris?

§. VI.

SUMMARIUM.

Non sufficit consensus minoris, nisi sit pubes, & curatore careat. n. 170.

Si tutor non appareat, potest denunciari pupillo lis defendenda, ad effectum, ut de evictione teneatur. n. 171.

Licet minor dominus directus sit pubes, si tamen curatorem habeat, consensus curatoris requiritur ad alienandam Emphyteusim. Si verò curatore careat, solus

solus ejus consensus sufficit, quemadmodum sufficit consensus solius curatoris, quando illum habet, neque est necessarium decretum judicis. eodem n. 171.

170 SExta quæstio est, an pro Emphyteusi alienanda sufficiat consensus præstitus à domino directo minore, id est, qui non dum vigesimum quintum annum explevit? Respondetur negativè, nisi talis minor sit pubes, & curatore careat. Ita, relatis alijs, sentit Caldas, *de extinctione. c. 11. n. 47. cum sequentibus.* Ratio est, quia si minor nondum est pubes, seu ætatem pupillarem egressus, nullam suorum bonorum administrationem habet: neque requisitus ab emphyteuta, ut vel alienationi consentiat, vel rem sibi pro eodem pretio accipiat, in mora constituitur per lapsum alicujus temporis, ut in simili probat *lex si ex legati 23. cum seq. & l. si pupillus, 128. ff. de verborum obligationibus*: quam obrem, si pupillus tutore careat, debet emphyteuta, qui alienare vult, adire judicem, ut illi det tutorem, qui consensum præstet, ut cum alijs monet Caldas cit. *n. 48. per legem Divus, ff. qui petant tutores*, & juxta Ordinationem Lusitanã, *lib. 3. tit. 41. §. 2. ibi, Será citado seu tutor se o tiver, & não o tendo requeira que lhe seja dado.*

171 Neque obstat, quod in contrarium adduci potest *ex l. si dictum, §. sexto, in fine, ff. de evictionibus*, ubi Jurisconsultus admittit, si tutor non appareat, posse pupillo denunciari litem defendendam, ad effectum, ut de evictione teneatur: nam hoc specialiter cõstitutum fuit in favorem emptoris agentis de damno vitando, eo quod nisi litis adversum se intentatæ denunciationem faciat, de evictione agere non potest: neque æquum fuit, ut pupillus ditior efficeretur ex re aliena, cum damno emptoris: in nostro verò casu emphyteuta volens alienare de damno vitando non agit. Si autem minor jam sit pubes, & curatorem habeat, caret similiter administratione bonorum, quæ tota est penes curatorem; & ideo pro dicto consensu præstando non satis est eum tantùm requiri. Si verò curatoré non habeat, censetur habere administrationem bonorum, ita ut non solùm naturaliter, sed etiam civiliter obligari possit, ut expresse habetur *in l. si curatorem, Cod. de in integrum restitutione*, proinde in hoc eventu solus ejus consensus sufficit quemadmodum sufficeret consensus solius curatoris, si illum haberet, neque ad hoc est necessarium decretum judicis, cùm non agatur de alienanda re aliqua immobili ad ipsúm minorem spectante, sed tantùm de tollendo impedimento, quo emphyteuta adstringitur, ne suum dominium utile alienare possit irrequisito proprietario.

Utrùm emphyteuta, qui semel obtinuit sufficientem licentiam ad Emphyteusim alienandam possit ea uti post lapsum anni, à die, quo illam obtinuit.

§. VII.

SUMMARIUM.

Licentiam ad Emphyteusim alienandam solùm durare per annum, prima sententia docet. n. 172.

Opposita sententia verior. n. 173.

Rescriptum Pontificium valet etiam post annum, quando elapso anno novum rescriptum ab adversario impetratum non reperitur. n. 174.

Reprobatur quod à quibusdam Juristis usurpatur, annalem taciturnitatem habere vim renunciationis, ibidem.

Facultas semel obtenta non cessat per renunciationem, donec renunciatio à concedente acceptetur. ibidem.

Utrùm saltem cesset dicta licentia per nonusum

usum decem annorum? Prima sententia affirmat. n. 175.

Arguitur contra hanc sententiam, ibidem.

Et contraria firmatur. n. 176.

172 SEptima quæstio est, utrùm emphyteuta, qui obtinuit licentiam ad Emphyteusim alienandam, sive per expressum consensum domini, sive per implicitum ex taciturnitate domini, ex elapsu unius, aut duorum mensium post requisitionem, possit ea uti post elapsum integrum annum, à die, quo eam obtinuit? Quod idem est, atque quærere, quantum talis licentia duret? Sunt, qui sentiant, eam licentiam solùm durare per annum, & consequenter eo elapso, non posse Emphyteusim alienari absque novo consensu domini. Citatur pro hac sententia Speculator *tit. de locato*, *§. nunc aliqua*, *n.* 121. *vers.* 98. ubi tamen satis obscurè loquitur, & Faber *in l. final. col. ult. Cod. de jure emphyt.* Suaderi potest *ex cap. si autem, & cap. plerumque, de rescriptis* quatenus probant rescripta à Principe, impetrata, nisi intra annum executioni mandentur, extingui, ut ibi explicant Doctores, & Felinus *cap.* 2. *eodem tit. num.* 10. *&* 20. & Menoch. *de arbitrarijs judicum quæstionibus, lib.* 1. *centuria* 3. *casu* 202. *num.* 76. *& casu* 204. *num.* 1. *&* 2. Item, *ex cap.* 1. *§. porrò, qualiter olim poterat feudum alienari*, ubi facultas domino concessa retrahendi feudum venditum à vassallo, annali silentio amittitur; ubi notat Baldus, annalem taciturnitatem vim habere renunciationis, quod comprobat, & illustrat Tiraquelus *de retractu lignagier, §.* 1. *Glossa* 10. *n.* 5.

173 Oppositum nihilominus verius esse, merito censet Caldas *de extinct. cap.* 15. *n.* 6. post Joannem Andream, *in addition. ad Speculatorem in d. §. nunc aliqua, vers.* 98. *num.* 121. Jasonem, *in l. ultima, n.* 27. *Cod. de jure emphyt.* & Gregorium Lopes *in l. ult. tit.* 8. *partitâ* 5. *verbo. Que le no queria*, *& l.* 6. *tit.* 11. *partita* 6. *verbo*; *Que no lo pudiesse vender, colum.* 10. *in medio*; quo secundo loco agit de licentia Regis ad alienandã rem maioratus. Fundamentum est, quia ubi quis semel consensit, nulla ei in posterum fit injuria, *l. in diem*, 9. *ff. de aqua pluvia arcenda*; ubi Glossa similia jura adducit. Præterea est bonus textus pro hac parte *in leg. finali, Cod. de remissione pignoris*, ubi decernitur, eum, qui semel consensit alienationi rei sibi hypothecatæ, non posse rursus eam vendicare. Accedit tandem ratio; quia ubi facultas semel concessa est; & neque à concedente, neque à jure certus terminus durationis ejus præscriptus est, perpetua, & immutabilis censetur, cum non sit, unde ad certum aliquod tempus determinetur: facultas autem alienandi, de qua hîc agimus, non est determinata per concedentem ad certum aliquod tempus (fuit enim absolutè concessa, ut supponimus); neque est jus, quod terminum durationis illi præfigat, nullum enim assignari potest, ut notavit Caldas *supra n.* 7. ergo non debet censeri limitata pro uno anno, sed in perpetuum concessa.

Et quo fundamento patet responsio ad motiva contrariæ sententiæ, quia 174
in illis casibus, & alijs, qui afferri possent, ipsum jus præscribit annalem terminum, intra quem concessio extinguatur. Neque quod circa rescripta dictum est, procedit absolutè, sed tantùm, quando post transactum annum, novum rescriptum ab adversario impetratum reperitur, ut per Doctores *in dicto cap. si autem, & d. cap. plerumque*, notantque Menochius, & Caldas locis citatis. Quin etiam *in l.* 2. *Cod. de diversis rescriptis*, absolutè dicitur rescriptum justitiæ esse perpetuum, nisi certum tempus in eo præscribatur. Item, quod ex Baldo, & alijs affertur, annalem taciturnitatem habere vim renunciationis, reprobatur

à Soares *lib. 8. de legibus, cap. 34. num. 27.* & licet admittatur, ad summum probat posse dominum pœnitere, de quo postea, non autem quod post annum cesset facultas alienandi ab eo concessa; nam renunciatio concessionis, & facultatis semel obtentæ non sufficit, ut facultas censeatur amissa, donec renunciatio à concedente acceptetur, ut tradit bene Soares loco cit. & latè alijs relatis, Sanches *lib. 8. de matrimonio, disp. 32. num. 2.* ubi notat, antequam renunciatio à concedente acceptetur, præsumi eum in ea voluntate persistere, *ex cap. maiores, in fine, de Baptismo, & l. eum, qui ff. de probationibus.*

175 Illud autem dubio non caret, utrùm saltem per nonusum decem annorum dicta licentia extinguatur. Partem affirmantem sequitur Caldas cum alijs *dicto cap. 15. num. 8.* & idem in simili de licentia ad alienandam rem maioratus sentit Gregorius Lopes *dicto verbo, Que lo no pudiesse vender por una decima en medio*, per *l. 1. ff. de nundinis*, ibi, *Nundinis impetratis à Principe non utendo, qui meruit, decennij tempore usum amittit.* Ex quo textu tradunt communiter Juristæ, quodlibet privilegium amitti per non usum decem annorum: pro qua communi traditione quamplurimos refert Soares *dicto cap. 34. num. 19.* At ipse Soares huic sententiæ non acquiescit, sentitque privilegium absolutè concessum esse perpetuum, & nunquã amitti per solum non usum, nisi quando cederet in gravamen alicujus, qui legitimè contra illud præscriberet, possidendo, aut exercendo aliquid ipsi privilegio contrarium, quam doctrinam latè probat *à num. 15.* & mihi etiam maximè probatur ex rationibus, quas adducit.

176 Unde in præsenti etiam casu consequenter dicendum est, facultatem alienandi à domino concessam, non amitti per solum ejus non usum, etiam decennalem; neque adversus eam ullo unquam tempore præscribi; quia nihil ei contrariũ ab aliquo interim possidetur, aut exercetur: non enim tale quid apparet, aut cum fundamento cogitari potest. Quod confirmo ex traditis per Caldas *dicto cap. 15. n. 11.* ubi dum alijs admittit perpetuò durare eam facultatem, si à domino in liberam emphyteutæ voluntatem conferatur, ut dicendo, *liberè valeas alienare, si volueris.* Item perpetuam quoque esse facultatem alienandi, quam dominus in ipso contractu emphyteutico concederet. Si enim ex solo non usu, quantumvis longissimo, ejusmodi facultates non amittuntur, neque dominus contra eas præscribit; quo jure oppositum dicetur de facultate simpliciter, & absolutè concessa? Cùm neque ab homine, neque à jure temporis limitationem habeat; & nihil etiam appareat quo potius adversus eam, quam adversus alias præscribi possit. Ad Fundamentum adversariorum petitum *ex dicta leg. 1. ff. de nundinis*, respondet facilè Soares *n. 21.* eam legem procedere specialiter de privilegio nundinarum, & ideo non posse ex illa desumi regulam generalem pro quibusvis privilegijs, & facultatibus simpliciter concessis, quibus jus positivum durationis terminum non præfinit, maximè cum materia sit odiosa, in qua non licet leges extendere, aut de casu ad casum transferre.

Utrùm licentia domini ad Emphyteusim Titio vendendam, satis sit, ut possit vendi Sempronio?

§. XIII.

Octava quæstio est, utrùm licentia à domino cõcessa ad Emphyteusim 177

feudum Titio vendendam, satis sit, ut possit vendi Sempronio? Respondetur negativè, ex l. cum servo, 1. responso, ff. de contrahenda emptione; ubi si dominus præcipiat rem suam vendi Titio, mandatarius autem vendat Cayo, venditio nulla esse decernitur. Et ita loquendo de venditione feudi sentiunt Isernia in cap. 1. qui successores feudum dare teneantur, colum. 4. & in cap. Imperialem, in principio, de prohibita feudi alienatione, per Federicum, colum. 2. Afflictis ibidem notabili 12. num. 2. dicens esse communem opinionem, & Mol. Jurista, lib. 4. de primogenijs, cap. 5. n. 32. & in terminis de Emphyteusi Joannes Andreas in addition. ad Speculatorem, tit. de locato, §. nunc aliqua, vers. 98. num. 121. & Caldas de extinct. cap. 15. n. 23. Idque optima ratione; tum quia ejusmodi licentia est stricti juris, & minime extendenda, quemadmodum dispensatio: tum quia potest Titius esse magis dilectus, & gratus domino: tum denique, quia si Sempronius non laudatus à domino Emphyteusim emat, non potest dominus agere adversus eum, ut pensionem solvat: licentia autem à domino concessa non sic est accipienda, aut extendenda, ut in ejus præjudicium verti possit.

Vtrùm licentia concessa ad unam speciem alienationis deservire possit ad aliam speciem?

§. XI.

SUMMARIUM.

Statuitur resolutio negativa. n. 178.

Limitatur tradita resolutio, ut licentia ad vendendam Emphyteusim, sufficiat ad eam hypotecandam. Et idem dicendum sit de licentia ad vendendam rem maioratus. n. 179.

Excluditur quædam objectio contra hanc limitationem. n. 180.

Aßignatur casus, in quo tutor potest vendere rem pupilli, non tamen eam hypothecare. ibidem.

Vtrùm licentia concessa ad hypothecandam Emphyteusim sufficiens sit, ut Emphyteusis vendi poßit ad solvendum creditori, cui aliàs satisfieri non potest, affirmant aliqui in simili de licentia ad rem maioratus hypothecandam. n. 181.

Contrarium tamen tenendum est in præsenti. n. 182.

NOna quæstio est, utrùm licentia concessa ad unam speciem alienationis, ut ad vendendam Emphyteusim, extendatur, seu deservire possit ad aliam speciem? Tractat latè hanc quæstionem discurrendo per plures alienationes Caldas de extinct. c. 11. à n. 12. Generalis tamen resolutio communiter recepta in præsenti materia est negativa, eo quod ejusmodi licentia sit stricti juris, proindeque strictè interpretanda adinstar dispensationis, & privilegij, maximè cum ejus extensio in præjudicium ipsius domini redundare possit, & nemo præsumatur amplè concedere, quod sibi potest esse noxium. 178

Limitat autem hanc resolutionem Cald. n. 13. ut quandò dominus cōcesserit licentiam ad Emphyteusim vendendam, permissum ab eo censeatur, ut hypothecari possit. Quod etiam in simili de licentia ad vendendā rem maioratus, docet Mol. Jurista lib. 4. de primog. c. 5. n. 15. & seqq. & Mol. Theolog. tom. 3. de just. disp. 652. sub n. 2. Fundantur primò, quia cui concessum est maius, censetur concessum minus, & quod minus nocere possit, juxtà regulam, non debet, ff. de regulis juris, ibi, Non debet, cui plus licet, id, quod minus est, non licere. Secundò, quia nomine venditionis omnis alia species alienationis continetur l. statu liberi à cæteris, in fine, ff. de statu liberis. Et quando permittitur venditio alicujus 179

alicujus rei, censetur permissus omnis alius actus alienationis illis, ex quo non maius sequitur praejudicium *l. sicut*, §. *si permiserit*, & ibi Barthol. *ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvatur.* Tertiò, quia ex eo quod patri sit permissum vendere filium, censetur etiam illi concessum eum hypothecare, ut docet Glossa juxta communem intellectum *in l. 2. verbo, vendiderit, Cod. de patribus, qui filios distraxerunt.* Neque obstat, quod dicta licentia sit stricti juris, & propterea minime extendenda de casu ad casum; nam in casu proposito non censetur extendi, sed illum comprehendere, cùm venditio alias species comprehendat. Adde cum utroque Mol. *supra*, quod restrictio facienda in ijs, quae sunt stricti juris, intelligitur, ut non fiat aliquid excedens concessionem; non verò, quod non fiat aliquid minus, seu in quo minus est inconveniens.

180 In contrarium tamen urget textus singularis, *in l. si pupillorum*, 7. §. *si praetor*, *ff. de rebus eorum, qui sub tutela, vel cura sunt*; ubi Ulpianus resolvit, si judicis decreto permissum sit tutori vendere rem pupilli, ille verò eam hypothecaverit, vel è contra, talem alienationem non valere; per quem textum tradit Afflictis post Iserniam *in cap. 1. de prohibita feudi alienatione per Federicum, notabili 12. à num. 10.* vassallum habentem facultatem vendendi feudum, non posse ex vi talis licentiae illud hypothecare: unde idem consequenter dicendum in Emphyteusi. Nihilominus tamen limitatio proposita sustinenda est; & ad textum *in d. §. si praetor*, dici potest juxta sententiam Caroli Molinei, & aliorum, quos refert Caldas, *n. 15. in fine*, procedere tantùm, quando facultas alienandi cōcessa est per decretum judicis, eo quod decretum ejus naturae sit, ut in specifica forma impleri debeat, *l. minorum, Cod. de praedijs minorum*, ibi, *aliter confici non potest rectè* Vel etiam, ut vult Caldas *n. 16.* & Mol. Theologos *sup.* intelligendum esse, quando utilius erat rem minoris vendi, quam hypothecari.

Maius dubium est, an licentia concessa ad hypothecandam Emphyteusim sufficiens sit, ut Emphyteusis vendi possit ad solvendum creditori, cui alias tempore debito satisfieri non potest? Qua in re affirmandum videtur juxta doctrinam Mol. Juristae *supra* & aliorum, quos refert, & sequitur Mol. Theologus *dicta d sp. 152. n. 1.* asserentium, quod habens licentiam ad hypothecandam rem maioratus potest illam vendere, non quidem à principio, ubi ea licentia obtenta est, sed adveniente die solutionis, pro qua hypothecata est. Quae doctrina probatur ex *dicta l. si pupillorum*, §. *pupillus*, *ff. de rebus eorum*, ubi disponitur, quod si pupillus dedit rem pignori ex permissione praetoris, poterit creditor jus suum exequi vendendo pignus absque novo decreto. Accedit praeterea ratio, quia pignus ideo datur, ut ad venditionem illius deveniri possit, ad hoc, ut ex pretio creditori satisfiat, si alias tempore cōstituto debitum ei non solvatur: & qui concedit antecedens, concedere etiam videtur consequens, quod ex illo infertur necessariò, *l. illud, ff. de acquirenda haereditate.* Neque obstat textus *in dicta l. si pupillorum*, §. *si praetor*, ubi resolvitur non posse vendi rem minoris ex vi decreti, quo permissum est eam hypothecari. Nam, ut optimè declarat idem Molina Jurista *supra n. 3.* hic textus intelligitur, ut non possit statim à principio ea res vendi; non autem quod non possit vendi, postquam pignorata est, si intra debitum tempus creditori non satisfiat. 181

Nihilominus tamen quamvis haec doctrina optimè procedat in rebus maioratus, & alijs similiter alienari prohibitis, non videtur tamen admittēda in re emphyteutica propter praejudicium, quod domino sequitur, si pervenia- 182

veniatur ad venditionem, ipso tunc irrequisito, nam dominus consentiens simpliciter alicui alienationi, ita intelligitur eam permittere, ut tamen velit manere salva omnia jura dominicalia, quæ sibi alias competunt, ut passim in hac materia notant Doctores, ac nominatim Molineus, quem citat, & sequitur Caldas *de extinctione, & cap. 11. num. 40.* Vnum autem ex his juribus est, ut quando Emphyteusis vendenda est, prius moneatur, & requiratur dominus, an eam sibi velit pro eodem pretio: ergo quando dominus præstat consensum, seu licentiam hypothecandi Emphyteusim, intelligi non debet simul consentire, ut deveniatur ad venditionem, ipso irrequisito. Cui resolutioni consonat Ordinatio Lusitana *lib. 3. tit. 93. §. vlt.* ubi decernitur quod quando res emphyteutica judiciali pignori subjecta fuerit, ut ex ea creditori satisfiat, non possit perfici ejus venditio, nisi domino prius requisito, an tantundem pro ea offerre velit.

Vtrùm licentia concessa Petro ad Emphyteusim alienandam prosit ejus successori?

§. X.

SUMMARIUM.

Negant aliqui in simili de licentia ad alienandam rem maioratus: idemque alijs argumentis confirmatur. n. 183.

Contrarium tamen in præsenti est receptius, & verius, dummodò intelligatur de successore, qui sit hæres, aut tamquam hæres habeatur. 184.

Satisfit argumentis in oppositum adductis. n. 185.

183 Decima quæstio est, utrū licentia concessa Petro ad Emphyteusim alienandam prosit ejus successori, ita ut, si Petrus ea usus non fuerit, possit successor absque nova licentia Emphyteusim alienare? Negant in simili de licentia ad alienandam rem maioratus Gregorius Lopes *lib. 6. tit. 11. partita 6. verbo, Que no lo pudiesse vender, colum. 9. vers. sed pone*: Mol. Jurista *lib. 4. de primog. c. 5. n. 38.* & Mol. Theolog. *tomo 3. disp. 652. fine.* Et loquendo de licentia alienandi feudum idem sentit Molina Jurista *n. 39.* Probant *ex l. sicut, §. finali, ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvatur*, ubi, si creditor permittat debitori vendere pignus, non transit ea licentia in novum possessorem. Et *ex l. idem Iulianus, §. si quis alicui, ff. de legat. 1.* ubi concessio, quæ refertur ad factum, censetur in dubio personalis, & non transit ad hæredem, ut concessio quod liceat alicui lapidem cædere. Idem probat textus *in l. si marito 32. §. si voluntate, ff. soluto matrimonio*, ubi, cùm pater de consensu filiæ procuratorem constituisset, ut dotem repeteret, & mortuo patre, vellent ejus hæredes litem prosequi, repulsi sunt, eo quod filiæ consensus per patris mortem expiravit. Accedit tandem, quod ejusmodi licentia est stricti juris, atque adeo minime extendenda.

Nihilominus contrariam sententiā magis receptam esse affirmat Caldas, 184
de extinct. c. 11. n. 30. ubi pro illa refert Capitium, Matthæum de Afflictis, & Hieronimum Gabrielem. Est pro hac parte bonus textus *in dicta l. sicut, §. si debitori, ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvatur*, ubi licentia creditoris concessa debitori, ut possit vendere pignus ad hæredem ipsius debitoris transit, eique prodest. Hæc secunda sententia mihi videtur verior, quatenus vult dictam licentiam non esse merè personalem, sed transire ad hæredem ejus, cui concessā est: secus autem si velit transire etiam ad successorem, qui hæres non sit, aut tamquam hæ-

hæres habeatur, ut ad eum, in quem per viam puræ nominationis Emphyteusis devenit. Quam distinctionem desumo *ex dicta l. sicut*; nam *in dicto*, §. *si debitori*, expresse dicitur, hæredem legitimè vendere rem pignoratam ex licentia defuncto concessa; & in §. *sequenti*, qui est finalis ejusdem legis, statim additur, licentiam vendendi pignus concessam debitori, non porrigi ad sequentem possessorem extraneum. Et ratio diversitatis ea videtur esse, quia ut habetur *in l. si pactum*, *ff. de probationibus*, cum similibus, quilibet præsumitur suo hæredi, ut sibi, providere: non ita verò alijs successoribus.

185 Atque ex his facilè respondetur ad fundamenta prioris sententiæ; quatenus huic nostræ videntur contradicere. Nam ille §. *finalis dicta l. sicut* solùm probat non protendi eam licentiam ad successorem extraneum, ut proximè explicuimus. Ad *l.* verò *idem Iulianus*, qua videtur probari etiam ad hæredem dictam licentiam non transire. Respondetur, eum textum procedere de licentia concessa per ultimam voluntatem, in qua, cùm non interveniat ullus actus ejus, cui talis licentia cōceditur, non censetur prospectum esse illius hæredi, ut per Glossam, §. *ex conditionali*, *verbo*, *contigerit*, *Instit. de verborum oblig.* in nostro autem casu agitur de licentia concessa inter vivos emphyteutæ, qui illam per proprium actum impetravit, & acceptavit; in quo non sibi tantum, sed etiam hæredi prospexisse censendus est, juxta *dictam l. si pactum*, *ff. de probationibus*. Deinde ad textum *in dicta l. marito*, §. *si voluntate*, Respondet Bartholus communiter receptus *in dicto* §. *si debitori*, propterea in casu illius textus consensum filiæ non porrigi ad hæredes patris, quia in eis cessat ratio, ob quam eam licentiam patri concesserat: illam enim concessit, quia legis necessitate tenebatur eam dare, quæ necessitas cessat in hæredibus: & ideo licentia etiam cessare in eis debet: in nostro autem casu non variatur ratio in hærede emphyteutæ. Unde Caldas *dicto cap.* 15. *n.* 31. Quod tandem opponitur dictam licentiam esse stricti juris, nullius momenti est; nam etiam promissio, donatio, & multi alij cōtractus stricti juris sunt: & tamen ex eis competit actio hæredi, & adversus hæredem.

Vtrùm licentia alienandi Emphyteusim duret post mortem concedentis?

§. XI.

SUMMARIUM.

Negantem partem magis approbat Caldas: sed contraria est omninò tenenda. num. 186.

Concessio continens gratiam factam non expirat morte concedentis, quod multis exemplis illustratur. ibid.

Licentia alienandi feudum non expirat morte concedentis. Neque licentia alienandi concessa à Rege per illius mortem extinguitur. 187.

Undecima quæstio est, utrùm licentia alienandi Emphyteusim duret, & prosit emphyteutæ post concedentis mortem? Sententiam negantem meliorem dicit Caldas *de extinct. c.* 15. *n.* 37. eo quod ejusmodi licentia sit odiosa, & restringenda. Contrarium nihilominus est omninò tenendum, ex ijs, quæ tradit Sanch. *lib.* 8. *de matrim. disp.* 28. *n.* 64. ubi docet, quando concessio continet gratiam factam, qualis est, quæ conceditur immediatè alicui personæ independenter à ministerio alterius, cui ejus collatio committitur, talem concessionem, si facta sit absolutè, non expi- 186

expirare, etiam re integrâ, per mortem concedentis, juxta textum *in cap. si cui nulla, de præbendis in 6.* & communem Doctorum. Unde *n.* 78. *& seqq.* cum multis Doctoribus deducit neque licentiam non residendi, neque facultatem dispensandi cum personis incertis, & indeterminatis, neque facultatem testandi concessam Episcopo, aut Monacho, vel alijs, quibus testari prohibitum est, neque demissorias ad ordines suscipiendos, nec denique licentias ullas absolutè à superioribus concessas, morte concedentis expirare, licet odiosæ sint; eo quod omnes ejusmodi concessiones gratiam factam contineant, nec ad certum aliquod tempus, pro quo tantùm durare debeant, restrictæ sint.

187 Ex qua generali doctrina, & tot exemplis communiter receptis, apertè pro præsenti materia colligitur, licentiā absolutè concessam ad alienandam Emphyteusim, non expirare per mortem domini, qui eam concessit, licet sit odiosa, & restringenda; siquidem est gratia facta, quæ statim absolutè acquiritur emphyteutæ, cui concessa est; nec est jus, aut ratio aliqua, cur debeat intelligi restricta ad vitam concedentis: & ita loquendo de licentia alienandi feudum concessa à Rege, sentiunt Capitius, Paris de Puteo, Ruinus, & Hieronymus Gabriel apud Caldas *dicto cap.* 15. *num.* 33. *&* 34. Qui etiam nostræ sententiæ magna ex parte accedit: fatetur enim *n.* 41. dictam licentiam alienandi concessam à domino directo nocere illius hæredi; eo quod hæres teneatur stare voluntati defuncti; & inde approbat, quod Doctores proximè citati docent, licentiam alienandi concessam à Rege non expirare per illius mortem, quod in regno jure hæreditario succedatur; proindeque successor tamquam concedentis hæres voluntati illius contraire non posse; quantum verò hæc ratio habeat ponderis, videant alij: mihi certè suspacta est. Præterea *n.* 43. admittere videtur cum Bursato, *consilio* 29. *volum* 1. licentiam alienandi feudum, aut Emphyteusim concessam à prælato ecclesiastico esse perpetuam, & non expirare per ejus mortem; quia prælatus eam licentiam concedit tamquam administrator bonorū Ecclesiæ; & sic nomine ipsius Ecclesiæ, quæ nunquam moritur: quæ ratio est optima.

Vtrùm alienatio Emphyteusis facta sine licentia domini confirmetur per licentiam postea obtentam?

§. VII.

Duodecima quæstio est, utrùm alienatio Emphyteusis facta sine licentia domini confirmetur per licentiam postea obtentam? 188
Respondetur non confirmari, neque alienantem liberari à commisso, si dominus, quando eam licentiam concessit, ignorabat alienationem jam factam: secus autem, si eam non ignorabat. Ita, relatis alijs, Caldas *de extinctione cap.* 13. *num.* 2. *& cap.* 15. *n.* 26. Gregorius Loges *l. ultima, tit.* 8. *partita* 5. *verbo, Que la no queria,* Molin. Theolog. *disp.* 459. *num.* 17. *fine.* Et in simili cum alijs Mol. Jurista *lib.* 4. *de primogen. cap.* 5. *sub num.* 34. Ratio est, quia ubi alienatio facta est absque domini licentia, statim alienans caducitatem incurrit, & dominus acquirit jus ad pœnam cōmissi, quam non censetur remittere concedendo facultatem alienandi, si factæ alienationis conscius non erat è contra verò si sciebat eam esse factam.

SECTIO

SECTIO NONA.

Qua ratione debeat notificari domino alienatio Emphyteusis, antequam fiat: & in quas personas fieri possit, postquam permissa fuerit?

SVMMARIVM.

Emphyteuta volens vendere rem emphyteuticam non excusatur ab obligatione admonendi, & requirendi dominum, quamvis dominus aliunde sciat eum agere de illa venditione. n. 189.

Citatio, qua citato inducitur onus aliquid faciendi, aut patiendi, non suppletur per simplicem scientiam. ibid.

Vtrùm similiter teneatur emphyteuta dominum monere, quando vult Emphyteusim donare, aut dotare, licet dominus id aliunde sciat. n. 190.

Dicta requisitio, seu monitio debet fieri loco, & tempore opportuno. n. 191.

Quæ loca, & tempora censeantur apportuna? ibidem.

Loco etiam, & tempore incongruo dicta requisitio fieri potest, si dominus id permiserit, vel per eum steterit, quominus aliàs requiratur. Et quod magis in hoc casu fieri expediat? n. 192.

Quando agitur de Emphyteusi per venditionem alienanda, prius debet celebrari venditio, & tunc ante traditionem exponi domino pretium, conditiones, & pacta, sub quibus venditur. numer. 193. & seq.

Si emphyteuta volens rem alienare per venditionem, non denunciet domino verum pretium, quo illam vendit, incidit in commissum. n. 195.

Excusabitur autem, si re integra pæniteat, & veritatem detegat. eodem numero in fine.

In aliquibus partibus usus obtinuit, ut scriptura venditionis domino ostendatur, ibidem.

Quid dominus possit, quando novit, aut suspicatur, Emphyteusim plus justo vendi, aut onerari in fraudem ipsius domini? eodem n. 195.

Dicta requisitio potest fieri per procuratorem, licet speciale mandatum non habeat, & à fortiori per administratorem, tutorem, vel curatorem. n. 196.

CUm in superioribus non semel dixerimus, & certum sit, tam secundùm jus commune, *l. ult. de jure emphyt.* quam secundùm Lusitanum, *lib. 4. Ordin. tit. 38. in princip.* non posse Emphyteusim alienari, saltem propriè non admonito, & requisito prius domino, præterquam in aliquibus casibus supra explicatis; insurgit necessariò prima quæstio in titulo proposita, qua nimirum ratione ea admonitio, & requisitio fieri debeat? Qua in re dicendum est primò, emphyteutam volentem vendere rem emphyteuticam non excusari à dicta requisitione facienda, eo quod dominus aliunde sciat eum agere de illa vendenda, ut optime cum alijs tradit Caldas *de extinct. cap. 13. n. 3.* Ratio est, quia ista requisitio exigitur tamquam quædam citatio ad hoc, ut dominus intra certum terminum declaret, utrùm velit rem sibi accipere pro eodem pretio: sin minus liberum maneat emphyteutæ eam tradere emptori, si sit persona idonea, ipseque dominus teneatur eum laudare, & investire: citatio autem qua citato inducitur onus aliquid faciendi, aut patiendi, non suppletur per simplicem scientiam, sed debet fieri per denunciationem, & intimationem, ut per se videtur notum. Et patet à simili in venditore, adversus quem non datur actio de evictione, si emptor ei non denunciavit, motam sibi esse litem citando illum juridicè, ut illam defenderet, esto ipse venditor alias sciverit litem moveri adversus emptorem, ut tradunt communiter Doctores, quos latè 189

latè refert, & sequitur Caldas *tract. de emptione, & vendit. cap. 31. num. 66.* & cavetur expresse *lib. 3. Ordin. Lusit. tit. 45. §. 2.*

190 Magis dubitari posset, an quando emphyteuta vult donare, aut dotare Emphyteusim, excusetur ab admonendo domino de tali alienatione, si alias ipsi domino sit notum, eum velle alienare, & in quam personam? Nam, ut habetur *lib. 4. Ordinat. tit. 38. in principio*, ad alienandam Emphyteusim per donationem, aut dotationem solum exigitur, ut emphyteuta notum faciat domino, se velle tali modo, & in talem personam alienare Emphyteusim, ut dominus possit excipere contra donatarium, si forte idoneus non sit: ad quod videtur sufficere domini scientia, undecumque illam habeat; & consequenter non esse necessarium admoneri per emphyteutam, si aliunde jam totius negotij sit conscius. Nihilominus tamen propter domini scientiam non auderem excusare emphyteutam à dicta admonitione in hoc etiam casu facienda; quia ejusmodi admonitio non exigitur tantùm ad hoc, ut dominus sibi consulat, excipiendo contra donatarium, si non sit idoneus, sed etiam ut, si contra eum exceptionem non habeat, teneatur eum laudare, & investire: unde videtur talis admonitio habere etiam vim citationis, qua ei imponitur onus aliquid faciendi; ad quod sola scientia aliunde habita non sufficeret.

191 Dicendum secundò, debere dictam requisitionem, & monitionem fieri loco, & tempore opportuno. Nam ut monitio monitum adstringat, ita ut illi currat tempus ad respondendum assignatum, atque in mora constituatur, si intra illud non respondeat, opus est, ut fiat congruo loco, & tempore, argumento textus *in l. si soluturus, 39. ff. de solut.* ibi, *Quid enim, si non opportuno loco, aut tempore obtulerint?* Vbi Glossa, & Bartholus; *& in l. obligatione 9. Cod. eodem tit.* ibi, *Si eo loco, quo debetur, solutio fuerit celebrata*, vbi Glossa, *verbo, eo loco*, Baldus, & alij, *& in l. mora ff. de usuris*, ibi, *Si interpellatus opportuno loco non solverit.* Ubi Glossa, & Doctores. Atque ita in specie cum Carolo Molineo docet Caldas, *de extinctione, cap. 13. n. 4.* qui *n. 5.* addit, locum congruum censeri illum, in quo dominus dimicilium habet, & ubi conveniri potest, dummodo non sit in aliqua domo, aut parte inhonesta, quam frequentare non soleat: item tempus opportunum esse diurnum, dummodo non sit prandij, aut justa alia occupatione impeditum: non oportere autem, ut sit dies feriatus, sed quovis die etiam festo dictam notificationem fieri posse; quia licet citatio judicialis non possit fieri die festo: attamen hæc notificatio extrajudicialis est: extrajudicialia autem etiam diebus festis possunt fieri.

Præterea addit bene idem Cald. *n. 6.* cum eodem Molineo, etiam loco, & tempore incongruo dictam notificationem fieri posse, & legitimam esse, si dominus eam fieri permittat, quia tunc jure suo cedit; quod si apto loco, & tempore quæsitus audientiam negaverit, aut per eum steterit, quominus ei dicta notificatio fiat, ex tunc pro notificato habebitur, & incipiet ei currere tempus, quod ei conceditur ad rem sibi capiendam pro eodem pretio, & impediendum ne emptori tradatur. Utiliter autem in hoc casu suam rem geret emphyteuta, si notificationem faciat ad ædes domini, aut in persona uxoris, vel alterius de ejus familia; & satis est hanc notificationem semel fieri, pro ut hæc omnia bene cum alljs tradit Caldas *dicto cap. 13. n. 7. & 12.* 192

Dicendum tertiò, quando agitur de Emphyteusi per venditionem alienanda, debere emphyteutam, priusquam dictam requisitionem faciat, venditionem celebrare, & tunc antequam 193

quam ad traditionem, seu ultimum venditionis complementum deueniat, dominum requirere exponendo illi pretium, quod sibi offertur, simulque pacta, qualitates, & modos, sub quibus Emphyteusim vendit, ad hoc, ut dominus omnibus perspectis consideret, ac deliberet, utrùm eam sibi pro eodem pretio, & sub ijsdem oneribus capere expediat. Declaratur facilè conclusio per partes. In primis enim, quod oporteat fieri dictam requisitionem ante traditionem rei, non verò ante alia, quæ traditionem, & ultimum complementum venditionis præcedunt, certissimum apud ferè omnes Doctores est, ut videri potest apud Caldas innumeros referentem, *cap. 5. de extinctione, num. 78.* & patet *ex l. ultima, Cod. de jure emphyt.* ubi solùm prohibetur transferri Emphyteusim absque prævia domini requisitione: per venditionem autem, antequam ad traditionem deveniatur, non transfertur dominium rei venditæ; *§. vendita, Instit. de rerum vendit. l. traditionibus, Cod. de pactis, & cap. cùm Ioannes, in principio, de fide instrumentorum.* Deinde, quod dicta requisitio facienda sit ab emphyteuta; declarando quantum pretij sibi pro re offertur; & consequenter quod fieri debeat post venditionem celebratam, constat tum ex jure canonico, *in cap. potuit, de locato*, ibi, *Eique nuntiato quantum sibi ab alijs offeratur*; tum ex Ordinationibus Lusitanis, *lib. 4. tit. 38. in principio*, ibi, *declarandolhe o preço, ou cousa que lhe dão por ella*; tum etiam *ex dicta l. ultima, Cod. de jure emphyt.* ibi, *& prædicere quantum pretium ab alio revera accipi potest.*

194 Quod denique declarari etiam debeant pacta, & onera, sub quibus venditio cum alio celebratur, tradit, & probat optimè, relatis alijs, Caldas *de extinct. cap. 13. num. 8.* quia non dicitur factum scire, qui illius modum, & qualitatem ignorat. Et confirmatur, quia si onera in venditione adjecta gravent emptorem, sunt tamquam pars pretij, *l. fundi partem, ff. de contrahenda emptione*, & consequenter declaranda sunt domino juxta jura citata, quæ jubent declarari domino pretium. Si autem gravent ipsum venditorem, censentur vendi simul cum ipsa Emphyteusi, & augetur pretium ratione illorum; proindeque debent declarari domino, ne decipiatur existimando pretium sibi denuntiatum, esse solius Emphyteusis, cùm sit etiam oneris in venditione adjecti: quæ deceptio magnũ præjudicium ei parere potest. Itaque sic debet denunciari domino venditio cum omnibus suis qualitatibus, & conditionibus, ut nihil domino occultetur, quod eum fallere possit: alioqui habebitur denunciatio pro non facta, & non curret domino tempus ad tantundem offerendum concessum, ut optime advertit idem Caldas *dicto c. 13. de extinct. n. 8. & c. 14. n. 19.*

Præcipuè autem oportet, ut denuncietur domino verum pretium, quod pro Emphyteusi offertur: nam si emphyteuta dominum in hoc decipiat: dicendo dari sibi minus pretium, quam re vera detur, ut laudemium minuat, in commissum incidet, ut tradunt Valascus *de jure emphyt. q. 8. n. 11.* & Mol. *disp. 459. n. 5.* post Gregorium Lopes *l. ult. tit. 8. partita 5. verbo, & quanto es.* Quod etiam cum alijs advertit August. Barbosa *in cap. potuit, de locato, num. 11.* & similiter, si dicat offerri maius, quam re vera offeratur, ad hoc ut dominus, vel avertatur ab Emphyteusi sibi capienda, vel pro maiori pretio illam capiat, quam alteri vendenda esset, ut cum Speculatore, & alijs communiter notat Caldas *dicto cap. 13. n. 34.* Ad quas fraudes vitandas usus in aliquibus partibus obtinuit, ut quando dominus requiritur, ostendatur illi scriptura venditionis, ex qua planè intelligere possit, quo pretio, & cum quibus conditionibus, & qualitatibus Emphyteusis vendatur, atque 195

ita dictam requisitionem fieri debère sentit Caldas *eodem cap.* 13. *num.* 8. qui etiam *n.* 24. cum alijs advertit, si constet Emphyteusim plus justo vendi, aut onerari in fraudem domini, æstimandam esse boni viri arbitrio: si autem de fraude non constet, posse dominum tam emphyteutæ, quam emptori juramentum deferre, ut veritatem declarent: quando autem emphyteuta dominum celavit verum pretium, potest re integra pænitere, & veritatem detegere, ut credit Boerius *consil.* 52. *fine*, & Caldas *dicto cap.* 13. *n.* 34.

196 Dicendum quarto, dictam requisitionem fieri posse per procuratorem, etiam si speciale mandatum non habeat; & à fortiori per administratorem, tutorem, vel curatorem, ut bene post Carolum Molineum, quem refert, tradit Caldas *dicto cap.* 13. *de extinctione*, *numer.* 14. ubi etiam advertit teneri dictum procuratorem ostendere instrumentum authenticum suæ procurationis, seu mandati, si dominus illius exhibitionem exigat.

De personis, in quas potest transferri Emphyteusis.

§. Vnicus.

SUMMARIUM.

Quando emphyteuta obtinuit licentiam ad transferendam Emphyteusim in certam aliquam personam, non potest ex vi talis licentia eam transferre in aliam. num. 197.

Quando dominus consensit, ut Emphyteusis alienaretur, non designata certa persona, in quam alienatio fieret, solùm potest alienari in personam idoneam, id est, qua non sit ex ijs, quibus solet vetari Emphyteusim emere. n. 198.

Et si tunc alienetur in personam non idoneam, incidet alienans in comissum. ibidem.

Qua persona censeatur inhabilis, seu non idonea, ut Emphyteusis in eam alienetur? n. 199. *& 201. fine.*

Emphyteusis non potest vendi Ecclesiæ, aut monasterio, neque cum eis permutari. n. 200.

Potest autem legari Ecclesia, & aduenire monasterio per professionem religiosi, ad quem antea spectabat. ibidem.

Vtrùm Ecclesia, vel monasterium, ad quod Emphyteusis devenit, teneatur illam vendere intra annum, possitve cogi à domino, ut eam alienet? eodem n. 200.

Posse dominum excipere contra alienationem Emphyteusis, quam senex liberis carens vult donare juveni, prolemque habenti, cum alias per mortem senis extinguenda esset. eodem. n. 201.

AD secundam deinde quæstioné in titulo sectionis propositam; in quas scilicet personas possit Emphyteusis alienari? Respondeo, & dico primò. Quando emphyteuta licentiam à domino impetravit pro Emphyteusi in aliquã certam personã alienanda non potest ex vi talis licentiæ eam alienare in aliam personam. Hæc conclusio cõstat ex dictis *sect. præced.* §. 8. 197

Dico secundo. Quando dominus absolutè consensit, aut permisit, ut Emphyteusis alienaretur, non designata certa persona, in quam esset alinanda, sive quia expresse licentiam alienandi absolutè concessit, sive quia requisitus ab emphyteuta volente rem vendere, nec certum emptoré designante, nihil respondit toto tempore sibi ad tantundem offerendum concesso, non potest Emphyteusis alienari, nisi in personam idoneam, id est, quæ non sit ex ijs, quibus solet vetari Emphyteusim emere. Est conclusio communis, & certa: sumitur *ex l. ult. Cod. de jure emphyt.* ibi, *ijs tantum personis, quæ non solent in emphyteuticis contractibus vetari.* Et probatur etiam ratione, quia si licentia postularetur specialiter ad alienandã Emphyteusim in personã non idoneã, minimè 198

concederetur: in generali autem concessione non veniunt, quæ, si specialiter postularentur, verò similiter non concederentur, *regula in generali* 81 *de reg. juris in* 6. Unde notat bene Molina *disp.* 459. *num.* 1. & cum alijs Caldas *de extinct. c.* 13. *num.* 37. si emphyteuta in proposito casu Emphyteusim alienet in personam non idoneam, incidere in commissum; cum re vera absque ulla domini, aut juris licentia, talem alienationem faciat; siquidem persona, cui vetari solet Emphyteusim emere, minime comprehenditur in generali concessione alienandi Emphyteusim. Neque in contrarium stat jus Lusitanum *lib.* 4. *Ord. tit.* 38. *in fine principij*, ibi, *O foreiro a podera vender a quem quizer*: intelligitur enim, dummodo non sit persona inhabilis, ut optime exponit Caldas *d. n.* 37. juxta notata *in l.* 1. *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*. At quænam sunt ejusmodi personæ inhabiles, in quas vetari solet Emphyteusis alienatio?

Dico tertiò. Inhabilis quoad rem
199 præsentem censetur quælibet persona, à qua dominus directus merito timere potest aliquod detrimentum, si Emphyteusis in eam alienetur; sive quia difficilius ab ea comparabit pēsionem, ut quando est potentior, aut magis privilegiata, vel propter paupertatem, aliamve causam minus idonea ad solvendum, quam emphyteuta alienans; sive quia longe rarius tentabit vendere, aut permutare jus emphyteuticum: unde rarius percipiet dominus laudemium, quod in venditione, aut permutatione illius juris solvitur; seu denique, quia nunquam, aut multò serius per ejus mortem, aut illius successorum Emphyteusis extinguetur, & cum proprietate cōsolidabitur; ita ad mentē *d. l. ultima, Cod. de jure emphyteutico*, sentiunt communiter Doctores, ut videre est apud Jul. Clar. *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *quæst.* 22. Gregorium Lopes *l. ultima*, *tit.* 8. *partita* 5. *ad finem*, *lit.* G, Caldas *de extinctione*, *cap.* 13. *num.* 37. Molinam *disp.* 459. *n.* 4. & Sanch. *tomo* 1. *in Decalog. lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 26. qui alios referunt.

Hinc infert bene Mol. proxime citatus cum communi Doctorum, non 200
posse Emphyteusim vendi Ecclesiæ, aut monasterio, neque cum eis permutari, eo quod Ecclesia nunquam moriatur, & multis gaudeat privilegijs, ratione quorum periret domino spes laudemij, & consolidationis dominij utilis cum directo. Per hoc tamen non tollitur; quominus possit Emphyteusis legari Ecclesiæ, & advenire monasterio per professionem religiosi, ad quem antea spectabat. Addit autem idem Molina cum Sylvestro, & alijs, teneri tunc Ecclesiam, vel monasterium illam vendere intra annum ex recepta consuetudine, ne dominus gravetur. Hoc tamen ultimum controversia non caret; nam Sanches *tomo* 2. *in Decalog. lib.* 7. *cap.* 15. *num.* 56. cum multis alijs distinguit inter Emphyteusim Ecclesiasticam, & sæcularem: & licet de utraque, si hæreditaria sit, fateatur posse transire in monasterium ratione religiosi, ad quem spectabat, tamen de sæculari affirmat transire in illud irrevocabiliter: & de Ecclesiastica solùm admittit posse revocari ab Ecclesia; interim tamen dum Ecclesia monesterium non cogit, ut eam alienet, legitimè ab eo retineri: cæterum quid circa hoc nobis videatur probabilius, dicemus commodius *disp. seq.* ubi de successione in Emphyteusim ex professo agendum est; & ibi etiam explicabimus, qua ratione Emphyteusis transire possit in fiscum; circa quod videri potest Sanch. *tomo* 1. *in Decalog. lib.* 2. *cap.* 19. *à n.* 19.

Infert præterea Caldas *dicto cap.* 13. *de extinctione*, *num.* 39. si Emphy- 201
teuta senex, & liberis carens voluerit Emphyteusim donare juveni, prolemque habenti, posse dominum legitimè adversus talem alienationem excipere, illamque impedire, eo quod fiat in frau-

fraudem, & præjudicium ipsius domini, qui cito consolidationem juris emphyteutici per mortem senis sperabat. Vnde illud tandem ex eodem Caldas *numer.* 37. annotare libet, personam idoneam, in quam Emphyteusis ex generali domini, aut juris licentia alienari potest, eam tantùm esse, quæ emphyteutæ alienanti sit æqualis: quod intellige quantum ad hoc, ut dominus ratione illius non evadat deterioris conditionis moraliter loquendo. Plura circa prædictam quæstionem reperies *disp.* 6. *sect.* 3. ubi agemus de personis, quæ ad Emphyteusim possunt nominari.

SECTIO DECIMA.

Quousque competat domino jus prælationis, quando Emphyteusis alienatur: vel etiam excipiendi contra personam, in quam alienatur?

SUMMARIUM.

Emphyteuta postquam dominum admonuerit de venditione, qua Emphyteusim vult alienare, tenetur secundùm jus commune expectare duos menses, ut dominus deliberet, num velit eam sibi accipere pro eodem pretio. Iure autem Lusitano solum tenetur expectare triginta dies. Quod etiam in Emphyteusibus Ecclesiasticis praxis hujus regni observat. n. 202.

Non est necessaria licentia Regis, ut in Lusitania res emphyteutica vendatur Ecclesiæ dominæ directæ, eodem n. 202.

Non potest dominus rem suam accipere, si contrahentes à contractu discedant, antequam ille declaret, se eam velle pro eodem pretio. ibidem.

202 PRo resolutione præmittendum est, jure communi constitutum esse, ut quando emphyteuta voluerit rem emphyteuticam vendere, dominum admoneat de pretio, quod sibi pro illa offertur; & si dominus sibi rem velit retinere tantundem pro ea præstando, cæteris preferatur: si autem sic admonitus, & requisitus non statim declaret, eam sibi velle, expectetur per duos menses; & si intra hoc temporis spatium tantundem pro illa non prestet, liceat eo ipso emphyteute eam vendere persone idonee. Sic habetur *l. ultima, Cod. de jure emphyt. & cap. potuit, de locato.* Atque id ipsum statuitur jure Lusitano, *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 38. *in principio*, hoc tamen excepto, quod non duorum mensium spatium, sed tantum triginta dies, à die requisitionis, domino ad dictum effectum conceduntur. Que juris Lusitani dispositio, & si tantùm vim habeat in Emphyteusi seculari, tamen ex recepta consuetudine hujus regni, etiam in Ecclesiastica servatur, ut testatur Molina *disp.* 459. *num.* 3. & Caldas *de extinctione, cap.* 14. *num.* 1.

Vbi obiter notandum quod licet jure Lusit. *lib.* 2. *Ordin. tit.* 18. stricte caveatur, ne ulla bona immobilia possint vendi Ecclesijs, aut Ordinibus Religiosorum, absque Regis licentia non est necessaria, ut res emphyteutica, seu utile ejus dominium, quod habet emphyteuta, vendatur Ecclesie, aut religioni domine directæ, ut bene tradunt Emman. Barb. *in remiss. ad d. tit.* 18. *in princip. n.* 3. Gabr. Pereir. *de manu regia, p.* 2. *cap.* 67. *n.* 23. & novissimè Oliva *de foro Ecclesiæ, p.* 1. *q.* 28. *n.* 75. *&* 76. quia per hoc Ecclesia non acquirit simpliciter illam rem, sed solùm perficit suum dominium, reducendo illud ad suum pristinum, & naturalem statum, in quo tota rei utilitas illud cōsequitur: quælibet autem res de facili ad suum principium, & naturam revertitur, *l. si unus, §. pactus ne peteret. ff. de pact.* Illud etiam hic præmitto ex Cald. *d. c.* 14. *n.* 16. *&* 17. & alijs, quos refert, si contrahētes, id est, vendens, & emens

Emphyteusim, mutuo consensu à contractu discedant, antequam dominus declaret, velle se tantundem præstare pro re emphyteutica, non competere illi jus eam sibi accipiendi pro pretio inter illos convento. His suppositis, non paucæ, nec leves in proposita quæstione involuuntur dubitationes, quæ hic à nobis sunt expediendæ.

In quibus alienationibus rei emphyteuticæ competat domino jus prælationis?

§. I.

SUMMARIUM.

Resolvitur quæstio summariè, ac specialim ostenditur, competere domino jus prælationis, quando Emphyteusis venditur: non ita verò, quando revenditur ex vi pacti de retrovendendo in prima venditione appositi. n. 203.

Ostenditur competere etiam domino jus prælationis, quando Emphyteusis permutatur pro quantitate. n. 204.

Dispositio concedens domino prælationem, est favorabilis, & extendenda. ibid.

Vtrùm etiam competat domino jus prælationis, quando Emphyteusis subemphyteuticatur, vel ad longum tempus locatur? n. 205.

Non competit domino jus prælationis, quando Emphyteusis alienatur per donationem, aut alias gratuitò. n. 206.

Neque etiam quando permutatur pro aliqua specie. n. 207.

Explicatur jus Lusitanum non stare in contrarium. ibidem.

203 PRima dubitatio est, in quibusnam alienationibus rei emphyteuticæ competat domino jus prælationis? Respondetur competere illi hoc jus, quando res venditur, aut pro aliqua quantitate permutatur, ut pro certa quantitate frumenti, vini, aut similis rei consistentis in pondere, numero, aut mensura; & forte etiam quando alienatur impropriè per subemphyteuticationem, aut locationem ad longum tempus: non ita verò, quãdo alienatur alijs modis, ut per donationem, permutationem pro aliqua specie, ut pro domo, aut villa, &c. Quod competat domino hoc, quando res venditur, manifestum est ex juribus citatis, & quotidiana praxi. Quod Valascus *consult.* 113. *fine*, merito extendit ut locum habeat, etiam quando Emphyteusis datur in dotem æstimata æstimatione venditionem faciente, quia tunc re ipsa venditur. Quando autem Emphyteusis fuit empta cum pacto de retrovendendo, & postea ex vi talis pacti revenditur, tunc non competit domino prælatio in tali revenditione, ut optime cum alijs advertit Molina *disp.* 459. *num.* 16. & Caldas *de extinctione, cap.* 13. *n.* 25. quia non fit nova venditio, sed dissolvitur quæ prius facta fuerat. Unde nec domini consensus ad talem revenditionem requiritur, nec laudemium debetur, ut supra suis locis notavimus, & tradit Caldas proxime cit.

Quod etiam domino competat dictum jus, quando Emphyteusis permutatur pro quantitate docent Gregorius Lopes *l. ultima, tit.* 8. *partita* 5. *verbo. La venda*, cum Panormitano, & Innocentio, Caldas *dicto cap.* 13. *num.* 19. & Molina *disp.* 461. *num.* 1. & habetur jure Lusitano *dicto tit.* 38. *in principio*, ubi absolutè hoc jus conceditur domino, quando emphyteuta vult rem vendere, aut permutare; quod intelligendum est, de permutatione pro quantitate, ut infra declarabitur. Ratio verò est; quia cum res, quæ consistunt in pondere, numero, aut mensura, functionem recipiant, ut dicitur *in l.* 2. §. 1. *ff. si certum petatur.* id est, ita sint similes, ut altera vice alterius fungatur, & vicem mutuam recipiant, 204

recipiant, non magis interest emphyteutæ permutare volenti talem quantitatem recipere ab alio quopiam, quam ab ipso domino, adeo ut etiam interesse affectionis in hoc casu cesset: cessante autem quovis præjudicio, aut incommodo emphyteutæ, nulla est ratio, cur dominus tantam quantitatem ejusdem rationis offerens præferri non debeat alteri, cum quo permutatio alias facienda sit, sicut quando res venditur; cum utrobique sit par ratio, & dispositio juris concedens domino prælationem sit favorabilis, & extendenda, ut advertit, & bene probat Caldas *supra n. 21.*

205 Deinde, quod etiam competat domino prælationis jus, quando res subemphyteuticatur, aut ad longum tempus locatur, tradit Caldas *cap. 4. de extinctione, n. 49. & 52.* ubi significat, hanc esse communem sententiam; quãvis postea *cap. 13. n. 19.* sui, ut videtur, oblitus, absolutè cum Petro Jacobo affirmet, jura concedentia domino dictam prælationem restringenda esse ad supradictum casum venditionis, aut permutationis, quam restrictionem cæteri Doctores communiter videntur probare: nullum enim reperi, qui extra dictũ casum eam prælationem securè admittat; ac speciatim eam non cõpetere domino, quando res subemphyteuticatur, aut in longum tempus locatur, sentire videtur Iason *in l. ultima, Cod. de jure emphyteutico, num. 112.* quatenus tradit, ita docere Ioannem Imolam, & Alexandrum, nec eos impugnat. Imola tamen *in cap. potuit, de locato, num. 20. & 22.* magis inclinat, ut possit dominus excludere subemphyteutam, & conductorem, cui res in perpetuum locaretur, non autem qui in longum quidem tempus, sed non in perpetuum eam conduceret. Præterea facit rem hanc dubiam, quod domino solùm conceditur dicta prælatio quando jus emphyteuticum transfertur; est autem valde dubium, an hoc jus transferatur per subemphyteuticationem, & locationem ad longum tempus; qua de re varias opiniones retulimus *disp. 1. sect. 1. & disp. 2. sect. ultima.* Vnde hic non absolutè, sed tantùm subdubitando dixi, fortè dictam prælationem competere domino, quando res subemphyteuticatur, aut in longum tempus locatur. Supponendo autem quod in his casibus transfertur jus emphyteuticum non videtur deneganda dicta prælatio quia nullum emphyteutæ sequitur præjudicium, aut incommodum, ex eo quod dominus tantundem offerens subemphyteutam, aut conductorem excludat: ubi autem cessat incõmodum emphyteutę transferentis suum jus emphyteuticum, locum habet prælatio domino concessa; maximè cùm hæc sit favorabilis, & extendenda, ut proximè dictum est. Quomodò autem dominus occupans locum subemphyteutæ; aut conductoris ad longum tempus maneat obligatus emphyteutæ, & an simul penes eum sit formale dominium utile, & directum? Explicuimus latè *dicta disp. 2. sect. ult. §. 2. dub. 4.*

Quod denique non competat domino dictum jus, quando Emphyteusis alienatur alijs modis, videtur communis sententia. Imprimis enim quod illi non competat, quando Emphyteusis donatur, aut alias gratis alienatur, indubitatum est apud omnes, tam ex jure communi *in dicta l. ultima, Cod. de jure emphyteutico, & in dicto cap. potuit, de locato;* quam etiam ex Ordinationibus Lusitanis *in dicto tit. 38. in principio,* in quibus juribus solùm conceditur dicta prælatio domino directo, quando voluerit tantumdem pro Emphyteusi, dare, quantum ab alijs offertur: quo manifestè supponitur, eam prælationem non concedi, quando Emphyteusis donatur, aut aliàs gratuito alienatur. Et ratio ipsa id suadet, quia qui donat, aut alias gratis alienat Emphyteusim, id facit ex 206

affectione, qua donatarium prosequitur: quam affectionem erga dominum non habet: unde injuria illi fieret, si cogeretur eam potius alienare in dominum. Quæ ratio non millitat, quando emphyteuta rem alienat pro pretio, aut alia quantitate; quia tunc non alienat ex affectione erga personam, sed erga pretium, aut æquivalentem quantitatem à quocunque habeatur: quare licet domino concedatur dicta prælatio, quando Emphyteusis pro pretio, aut quantitate distrahitur, non sic, quando gratis alienatur. Vide, si placet Immolam *in dicto cap. potuit, n. 11.*

207 Deinde, quod etiam dicta prælatio non competat domino, quando Emphyteusis permutatur pro aliqua specie, ut pro certa domo, &c. Est communis sententia teste Molina *dicta disputat. 461. n. 1.* quam, relatis multis, sequitur Brittus *in cap. potuit, §. 5. n. 6. de locato.* Et constat simili ratione, quia emphyteuta permutans pro certa specie alienat rem ex affectione ad talem speciem, ut ad talem domum, talem villam, & cætera; iniquumque est, ut cogatur pecuniam, aut rem aliam accipere loco talis speciei; & ideo merito denegatur prælatio domino offerenti rem aliam, licet sit ejusdem valoris cum ea specie, pro qua Emphyteusis permutatur. Neque in contrarium stat jus Lusitanum *dicto tit. 38. in principio*, ubi absolutè concedit domino jus prælationis, quando Emphyteusis permutatur. Nam, ut bene advertit Mol. *supra*, intelligi debet de permutatione pro quantitate, non autem pro specie, ne à communi Doctorum sententia, & communi jure, quo illa nititur, recedat. Atque ex prædictis facilè intelligi potest, cur in cæteris alienationibus, præter superius assignatas, locum non habeat dicta domini prælatio, ut Doctores communiter sentiunt.

Qua ratione dominus utens dicto jure prælationis satisfaciat tantundem offerendo?

§. II.

SUMMARIUM.

Dominus volens uti jure prælationis, non solùm debet offerre, & præstare verùm pretium, quod alter offert sed etiam onera, sub quibus res venditur. n. 208.

Vtrùm etiam teneatur sustinere alia onera, quibus res jam erat gravata? ibid.

Debet etiam dominus volens præferri solvere, si quid emphyteuta emptori de vero pretio gratiose remiserit. n. 209.

Quid, si emphyteuta maiorem partem pretij emptori remitteret? ibidem.

Debet præterea dominus præferri volens solvere re ipsa pretium intra tempus sibi concessum ad utendum jure prælationis, id est, intra duos menses secundùm jus commune; vel intra triginta dies secundùm jus hujus regni. n. 210.

Hoc tamen fallit, quando emphyteuta emptori concesserat dillationem pretij. ibidem.

Dominus volens præferri emptori post ostensum sibi instrumentum venditionis, debet solvere illius expensas, & quasuis alias, quas emptor solùit, aut solvere tenetur. num. 211.

Secunda dubitatio est, qua ratione dominus utens dicto jure prælationis satisfaciat tantundem offerendo? Respondetur, debere offerre, ac præstare non solùm verum pretium, quod alter offert (quod est citra dubium, & procedit, etiam si tale pretium sit excessivum, ut notat, & bene ostendit Brittus *in cap. potuit, §. 2. n. 28. de locato.*) Sed etiam onera, sub quibus res venditur. Ita Caldas, *de extinct. c. 4. num. 49. ad finem, & cap. 13. num. 23.* 208

cum

cum Petro Jacobo, & Carolo Molineo. Ratio est aperta, quia onera illa partem pretij continent, cùm propter illa res vilius vendatur, *l. fundi partem, ff. de contrahenda emptione*: dominus autem non præfertur emptori rei emphyteuticæ, nisi offerendo, & præstando integrum pretium, quod ille offert: ergo debet præstare dicta onera, cùm ipsum pretium integrent. Vnde si Emphyteusis vendatur sub pacto de retro; vel quod venditor in ea retineat jus alicujus servitutis; vel quod ei solvatur pretium in certa moneta, verbi causa, aurea, vel quid simile; omnia ejusmodi pacta præstare debet dominus, si præferri velit, ut in specie advertit Cald. *d. c. 13. n. 17. & 23.* Nec solum tenebitur dominus sustinere onera, & pacta adjecta in ipsa venditione, sed etiam omnia alia quibus antea res erat onerata ab ipso emphyteuta, ut hypothecam, servitutem, & cætera, si modò salvis ejusmodi oneribus vendatur, quia tunc etiam ejusmodi onera ut ab emptore sustinẽda partem pretij continent: secus autem dicendum esset, si ea onera in venditione non salvarentur, de quo idem Caldas *supra n. 35. & 36.*

209 Rursus debet dominus offerre, ac solvere, si quid emphyteuta emptori de vero pretio gratiose remiserit, ut si Emphyteusis æstimetur, & vendatur mille aureis; venditor autem emptori remittat centum gratia donationis, debet dominus volens præferri, solvere mille, si modo de tali remissione sufficienter constet. Ita idem Caldas *dicto cap. 13. num. 8. fine*. Probatur, quia domino non conceditur prælatio, nisi offerat, & præstet tantùm pretium, quantum emphyteuta re vera potest ab alio accipere, ut expresse habetur *l. ult. Cod. de jure emphyt.* in præsenti autem casu poterat emphyteuta ex vi contractus venditionis accipere ab emptore mille aureos; nam de hoc pretio inter eos convenerat: ergo dominus volens præferri, illos debet præstare. Confirmatur; nam jus prælationis domino concessum non eo extenditur, ut possit uti gratia, quam emphyteuta alteri vult facere ex peculiari ergà eum affectione, ut constat ex supra dictis, §. *praeced. num. 206.* ergo, cum emptori ex mera gratia remittantur centum aurei, non potest dominus ea remissione uti. Confirmatur ulterius, quia dominus volens uti jure prælationis debet conservare emphyteutam indemnem, ut apertè colligitur *ex dicta l. ultima*, & ex alijs juribus dictam prælationem concedentibus: non conservaretur autem emphyteuta indemnis, si dominus eum cogeret, ut sibi illos centum aureos remitteret, siquidem privaretur spe remunerationis, quam ab emptore sperare poterat ob illam pretij remissionem. Adde, si emphyteuta majorem partem pretij gratia donationis remitteret, videri non competere tunc domino prælationem, etiam si integrum pretium præstare velit; quia tunc non censeretur Emphyteusis vendita, sed donata: quando autem Emphyteusis donatur, non habet dominus prælationem.

Debet præterea dominus solvere re ipsa pretium intra tempus sibi concessum ad utendum dicto jure prælationis, id est, intra duos menses, ubi jus commune servatur, aut intra spatium triginta dierum, ubi servatur Lusitanum: unde non satis est, quòd intra hoc tempus declaret se velle rem pro eodem pretio, si illud re ipsa non solvat. Ita expresse habetur jure Lusitano, *dicto tit. 38. in fine principij.* Et constat aperta ratione; quia emphyteuta statim esset accepturus pretium ab emptore; & jus, ac ratio exigit, ut non reddatur pejoris conditionis ex domini prælatione. Bene autem advertit Carolus Molineus, quem citat, & sequitur Caldas *supra num. 18.* si emphyteuta emptori concesserit dillationem ad pretium solvendum, posse dominum ex jure prælationis eadem 210

dillatione uti, si modo non ex mera gratia emptori fuisset concessa.

211 Tandem tradunt optimè citati Doctores, quando dominus præferri vult emptori post ostensum sibi instrumentum venditionis, debere solvere expensas talis instrumenti, quas emptor solvere teneretur, si dominus eum non excluderet, & similiter quascunque alias ab emptore factas, cùm æquitas non patiatur, ut is cum damno discedat à domino exclusus, prout in simili conceditur *l. debet, in fine, & l. cum autem, §. quare, ff. de Ædilitio edicto.* Unde, si forte emptor aliquid dedit uxori vendentis, ut alienationi consentiret, tenebitur dominus id emptori solvere, quo circa notat bene Caldas *dicto cap. 13. de extinct. n. 34.* cum Petro Jacobo, hanc etiam impensam domino esse declarandam, quando ei denunciatur pretium, quod pro Emphyteusi offertur.

Utrùm postquam dominus declaravit se nolle uti jure prælationis, possit statim emphyteuta rem tradere emptori, quamvis nondum sit elapsus terminus duorum mensium, vel triginta dierum.

§. III.

212 TErtia dubitatio est, utrùm postquam dominus legitimè ab emphyteuta requisitus declaravit, se nolle uti jure prælationis, possit statim emphyteuta rem tradere emptori, etiam si non dum sit elapsus terminus duorum mensium, aut triginta dierum, qui domino ad liberandum conceduntur? Respondetur affirmativè ex communi sententia, quam tradit Mol. *disp. 459. num. 3.* & Caldas *de extinctione cap. 14. num. 4.* post Imolam, & Panormitanum *in cap. potuit, de locato*, Jasonem *in l. ultima n. 14. Cod. de jure emphyt.* & alios, quos refert. Ratio est aperta, quia, cùm terminus ille concedatur domino ad liberandum circa rem sibi accipiendam pro eodem pretio, eo ipso, quod ante illum cōpletum deliberat, ac declarat, se nolle tantundem pro re dare, non est, cur amplius debeat expectari, & complementum venditionis differri, cum tota dillationis ratio cessaverit, *cap. cum cessante, de appellat. & l. adigere, §. quamvis, ff. de jure patronatus.*

Utrùm dominus, postquam declaravit se rem nolle, possit intra dictum terminum variare?

§. IV.

SUMMARIUM.

Resolvitur quæstio affirmativè, si res adhuc sit integra, n. 213.

Cur in aliquibus casibus non competat variandi facultas? n. 214.

Utrùm dominus, qui intra dictum spatium duorum mensium non declaravit se rem velle, aut nolle, possit, re integra, moram purgare, & rem sibi accipere? n. 215.

Utrùm dominus, postquam intra dictum spatium declaravit se rem velle, possit re integra variare? n. 216. & seq.

Utrùm quando res venditur sub hasta, liberetur primus licitator per secundum? n. 216.

QVarta dubitatio est, an dominus, postquam declaravit se rem nolle, & potestatem fecit emphyteutæ eam alienandi, possit intra dictum terminum variare, & rem pro eodem pretio ab alijs oblato accipere? Hac de re latè disputat Caldas 213

d. cap.

dicto cap. 14. *à num.* 6. Omissa tamen longiori controversia, dicendum videtur cum eodem Caldas, *n.* 10. dominium variare posse, re integra, id est, antequam venditio cum alio perfecta sit. Fundamentum est primò, quia is, cui per legem conceditur, ut possit eligere unum ex pluribus, potest variare, re integra, ut tradunt Juristæ *per l. eum qui certarum*, 148. §. 1. *ff. de verb. obligat.* ubi in summario id exprimit Bartholus; dominus autem directus per legem habet, ut intra assignatum terminum possit eligere, vel rem sibi accipere pro eodem pretio, vel eam nolle, & alienationem approbare: ergo potest variare, dum res est integra.

214 Secundò, quia ratio, ob quam jura in diversis casibus negant potestatem variandi, est, quia in materia talium casuum per primum actum, quo is, qui electionem habebat, se determinavit ad unam partem, acquisitum est alteri jus ad aliam partem, quo jure sine aliquo actu suo privari non potest, ut patet *ex l. statu liberum*, 11. §. *ult. in fine*, *juncta Glossa ibi verbo*, *non poteritis ff. de legatis*, 2. & ex Ordinat. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 37. §. 2. ibi, *Porque por a primeira (a saber nomeação) he acquirido direito ao nemeado*; & facit *l. apud Aufidium* 20. *ff. de optione legata*: ex sola autem prædicta declaratione domini non acquiritur emptori jus, ut jam non possit excludi à domino intra dictum spatium duorum mensium, aut triginta dierum, qui domino conceduntur, ut intra eos illum possit excludere; nam domini facultas ad cæteros emptores excludendos non tollitur per solam illam declarationem, seu licentiam alienandi emphyteutæ concessam, quandiu res est integra, ut colligitur *ex l. sicut*, §. *si voluntate*, *ff. quibus modis pignus, vel hypotheca solvatur*; ubi resolvitur, creditorem, qui concessit debitori licentiam vendendi rem sibi hypothecatam, non privari jure eam vendicandi, quãdiu res ipsa vendita non est.

Ex quo textu docet Iason *l. ultima*, *Cod. de jure emphyt. num.* 25. cum multis Doctoribus, quos refert, dominũ, qui intra dictum spatium duorum mensiũ nihil respondit, & per hoc potestatem fecit emphyteutæ alienandi rem, posse moram purgare, re integra, & rem sibi capere emptorem excludendo. 215

Qui casus magis dubitabilis est; cùm leges solùm intra dictum spatium videantur concedere domino ius prælationis. Unde videtur quod eo transacto statim jus acquiratur emptori, ut non possit à domino excludi, quantũvis res sit integra. Quare mihi suspecta est horum Doctorum sententia, illamque rejicit cum alijs Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit*, *de locato n.* 14. Attamen in judicando non videtur ab ea recedendum, cùm sit communis Juristarum; eamque approbat Brittus *in dicto c. potuit*, §. 2. *n.* 30. & Caldas *cap.* 14. *de extinct. n.* 14. Vbi generaliter *ex dicto* §. *si voluntate*, infert, quacunque ratione dominus licentiam ad alienandum concesserit, sive tacitè, sive expresse, posse pænitere, ac variare, & tantundem præstando emptoré excludere, si res sit integra; pro qua resolutione alios Doctores refert.

Atque ex prædictis dicendum similiter videtur, quando dominus intra dictum spatium declaravit, se rem velle, posse nihilominus postea variare, re integra, id est, antequam res sibi tradita sit. In contrarium tamen stat, quod hinc sequeretur grave præjudicium emphyteutæ, quia neque posset agere adversus dominum, ut rem accipiat, & pretium solvat, ut se velle declaraverat; siquidem dominus haberet jus recedendi à tali declaratione, & voluntate; neque adversus emptorem, ut stet contractui emptionis, quo antea se obligaverat; quia ubi dominus declaravit, se rem velle pro eodem pretio, eum exclusit, atque à tali obligatione liberavit. Hanc difficultatem dicit Caldas *supra num* 13. expedien- 216

diendam esse, juxta id, quod in simili tradit Bartholus *in l. licitatio, 9. aliàs. locatio, n. 1. ff. de publicanis, & vectigalibus*, ubi resolvit primum licitatorem non liberari per secundum plus offerentem: quod intelligit, quando secundus simpliciter obtulit, & pars ejus oblationem non acceptavit, solum enim dicit, per oblationem secundi non liberari primum: qua ratione conciliatur ejus sententia, & sequacium cum opinione aliorum, qui asserunt, primũ licitatorem liberari per secundum plus offerentem; qui necessariò intelligendi sunt, dummodo pars oblationem secundi acceptet; nam jus, quod adversus primum acquisierat, sine facto suo amittere non potest, ex regula, *id quod nostrum, ff. de reg. juris.* Ex hac igitur doctrina, & conciliatione infert Cald. *supra*, ad casum præsentem, si emphyteuta oblationem domini acceptavit, liberari emptorem; secus verò, si non acceptaret: unde consequens est, ut dominus, cujus oblatio fuit acceptata, non possit deinceps variare, & emphyteuta illum possit cogere ad rem accipiendam, & pretium solvendum.

217 Hæc tamen resolutio non placet, sed dicendum simpliciter videtur juxta eandemmet doctrinam de licitatoribus, semper emptorem liberari per oblationem domini tantundem offerentis; quia emphyteuta ipso jure tenetur illum præferre, & non potest non acceptare ejus oblationem: unde semper consideratur, quasi eam acceptet: ergo si emptor liberatur per oblationem domini acceptatam ab emphyteuta, fatendum necessariò est semper liberari; & consequenter dominum, postquam semel declaravit se rem velle pro eodem pretio, non posse deinceps variare, sed manere absolutè obligatum loco emptoris à se exclusi, quia alioqui præjudicaretur emphyteutæ contra *l. ultimam, Cod. de jure emphyt.* ubi Imperator vult, ut dominus nullo modo impedire possit translationem Emphyteusis cum præjudicio emphyteutæ. Illud tamen libenter admitto, quod Caldas addit *dicto num. 13. in fine*, si dominus fuit aliquo modo deceptus, variare sine dubio posse per *l. 4. & sequentes ff. de optione legata.*

Vtrùm dominus jure prælationis sibi concesso uti possit in favorem tertij.

§. V.

Quinta dubitatio est, utrùm dominus ex dicto jure prælationis sibi concesso possit excludere emptorem in favorem tertij, id est, rem emphyteuticam non sibi, sed alicui tertio accipere? Respondetur negativè ex communi sententia, quam tenet Cassaneus *in consuetudines Burgundiæ, rubrica 11. §. 1. verbo, retentionem, n. 1.* Guido Pape *decis. delphinali 411.* argumento textus *in l. si mulier, 60. §. ex asse, ff. de jure dotium*, Tiraq. *de retractu linagier, §. 26. Glossa 1. à n. 43.* & alij, quos citat, & sequitur Caldas *de extinct. cap. 13. num. 33.* ubi affirmat, sæpius se vidisse hanc sententiam in foro observari, præstito juramento ipsi domino directo, ut declaret, an verè, & sine fraude rem sibi retinere velit; non in favorem alicujus tertij: atque ita observandum videtur ex traditis per Tiraquelum *dicto tractat. de retractu lignagier, §. 5. Glossa unica.* Idem relatis alijs, notat August. Barbosa *in collectan. ad cap. potuit, de locato.* Fundamentum traditæ resolutionis est, quia jus retinendi rem emphyteuticam tantundem pro ea offerendo, inductũ fuit in favorem solius domini, & consequẽter est merè personale, nec alteri cedi, aut communicari potest; nam quæ cõstituta sunt in privilegium, & honorem personæ, non possunt cedi, aut cõmunicari alijs, *l. ex pluribus, ff. de administrat.* 218

stratione tutorum, Tiraquelus *dicto* §. 26. *Glossa* 1. *n*. 58. Quare hæc sententia omnino tenenda est, quamvis oppositum docuerit Paulus Castrensis, & in aliquibus provincijs sit in usu, ut refert Tiraquelus *dicta Glossa* 1. *n*. 44.

Vtrùm quando Emphyteusis pertinet ad duos dominos directos, & unus consentit, quod vendatur, alter verò vult retinere suam partem, iste secundus audiendus sit?

§. VI.

SUMMARIUM.

Pars affirmativa pluribus argumentis suadetur. n. 219.

Pars negativa multipliciter etiam suadetur. n. 220.

Cur jura caveant, ne aut emptor, aut venditor cogatur retinere partem, quando de tota re per venditionem alienanda agebatur. n. 221.

Inter prædictas sententias oppositas, quadam media eligitur, quæ illæ in concordiam reducuntur. n. 222.

Dominus, qui in casu hujus quæstionis suam partem retinuerit, tenetur solvere alteri domino laudemium, & pensionem ejus parti respondentem. eodem num. 222. *in fine.*

Quid si dominus ille, qui suam partem vult retinere, sit de personis prohibitis, in quas emphyteuta rem alienare non potest? n. 223.

Quando Emphyteusis ad unum tantum dominum spectat, non potest is retinere unam ejus partem, si tota res uno pretio venditur; sed, aut totam debet retinere, aut totam demittere; secus autem, si per partes diversis pretijs vendatur. n. 224.

Quando res emphyteutica spectaret ad duos dominos directos, sive pro diviso, sive pro indiviso, & partes illorum dominorum distinctis pretijs venderentur, posset unus ex illis solam suam partem retinere. ibidem.

219 SExta dubitatiò est, utrùm, quando Emphyteusis pertinet ad duos dominos directos, & unus consentit, quod vendatur, alter verò vult retinere suam partem, audiendus sit iste secundus offerens pretium pro rata suæ partis? Affirmat Albericus *in l. per fundum, column. ult. vers. ultimo facit, ff. de servitutibus rusticorum prædiorum*. Quæ sententia suadetur primò ex textu *in l. 1. §. si alter ex hæredibus, ff. quorum legatorum*. Vbi, si duo hæredes instituantur; & legatarius rei sibi legatæ possessionem invasit, conveniri ab eis potest interdicto, *Quorum legatorum*: & si alter eo interdicto uti nolit, id non tollit, quominus alter eo uti possit, & rem pro sua parte à legatario avocare: ergo similiter, si alter ex prædictis dominis, quibus competit jus Emphyteusim sibi retinendi; eo jure uti nolit, id non obstabit, quominus alter eo uti possit, & rem pro sua parte retinere. Secundò ex textu *in dicta l. per fundum, ff. de servitut. rusticorum prædiorum*; ubi quando plures fundum habent communem, & unus mihi concedit servitutem per illum, alij possunt me prohibere: undè rectè videtur deduci, quòd quādo proprietas rei emphyteuticæ ad plures dominos spectat, licet unus consentiat eā alienari, id non tollit quominus alter possit alienationem prohibere, saltem pro sua parte, & illam sibi oblato pretio retinere. Tertio, *ex l. Sabinus*, 28. *ff. communi dividundo*, ubi dicitur, quod in re communi potior est conditio prohibentis. Vnde cùm alter dominorum prohibeat rem vendi, hic audiendus est, non obstante alterius consensu. Quarto denique ratione, quia quilibet illorum

illorum dominorum habet jus prælationis, quo per alterum privari non potest; nam quod nostrum est, sine facto nostro amittere non possumus, *regula id quod nostrum, ff. de reg. juris*: ergo quantumvis unus consentiat rem vendi, id non tollit, quominus alter retineat jus, ut præferatur emptori pro sua parte, eoque jure uti possit, si velit.

Contrariam nihilominus senten-
220 tiam magis videtur probare Guido Pape *decis. delphinali* 411. *vers. sunt duo domini*, & apertè illam sequitur *decis.* 508. prò ut illum refet Tiraq. *de retract. lignagier*. §. 23. *Gloss.* 2. *n.* 4. ubi alios etiam adducit. Eandem sententiam veriorem dicit Aretinus *in l. cum servus, ff. de acquirenda hæreditate, columna* 1. *vers. secundo inducitur*, & probare etiam videtur Cassaneus *in consuetudines Burgundiæ, rubr.* 11. §. 1. *verbo, retentionem.* Fundamentum sumitur ex varijs juribus consulentibus tum emptoribus, tum venditoribus, ne in similibus eventibus cogatur manere cum una tantùm parte totius rei venditæ, aut emptæ, quando unam sine alijs empturi, aut vendituri non essent, ut *ex l. quibus autem*, §. *Sabinus*, cum duabus legibus sequentibus, *ff. de in diem addictione*; ubi si tres domini rem communem uno prætio mihi vendiderint, sub pacto; ut si aliquis infra certum tempus meliorem conditioné afferat, res sit inempta (quod pactum apponatur *addictionis in diem*); & oblata ea meliori conditione infra tempus determinatum, non omnes eam acceptent, sed duo tantum, non possunt hi rem addicere secundo emptori eam conditionem afferenti, sed tota mihi manet empta, cum nisi totam emptam habere nollem. Et *ex l. tutor*, §. *curator, ff. de minoribus*; ubi si curator vendiderit prædia communia sibi, & minoribus, quorum curam gerit, & hi beneficio restitutionis in integrum uti velint, eatenus rescinditur venditio, quatenus minorum pro parte fundus erat communis; nisi emptor à toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. Et *ex l. fistulas*, §. *qui fundum, ff. de contrahenda emptione*; ubi si aliquis fundum ea lege emeret, ut soluto pretio ei traderetur; & antequam pretium solveret, decederet relictis duobus hæredibus, non potest unus solvendo partem pretij agere ex empto: & reddit rationem Bartholus; quia venditor non nisi totum alienasset. Ex quibus juribus, & alijs similibus, quæ latè congerit Tiraquelus *d.* §. 23. *Glossa* 1. planè deducitur ad casum præsentem, si uno pretio vendatur Emphyteusis ad duos dominos directos spectans, & unus eorum venditioni consentiat, alter vero repugnet, volendo eam sibi retinere pro sua parte, non esse hunc audiendum, ne aut emptor cogatur manere cum una parte, quando non nisi totam emere vellet: aut si à contractu recedat, ut potest, venditori similiter præjudicetur, cogédo illum retinere partem, cùm non nisi totam Emphyteusim alienasset.

Cur autem jura tantopere caveant, 221
ne aut emptor, aut venditor cogatur retinere partem, quando de tota re alienanda agebatur? Duæ potissimum rationes reddi solent. Prima est, quia non est tanta utilitas, & æstimatio rei in parte, respectu ipsius partis, quanta in toto respectu totius, *l. si quis aliam, ff. de solutionibus, & l. Mævius*, §. *in fundo ff. de legatis* 2. cum similibus. Altera est, quia alioqui cogerentur ejusmodi contrahentes ad communionem, ad quam nemo inuitus compellitur, *l. si non in sortem*, §. *si centum, ff. de condictione indebiti*, quia affert multa incommoda, *l. in re communi, ff. de servitutibus urbanorum prædiorum*, *l. pater*, §. *dulcissimis, & ibi Doctores, ff. de legat.* 2. Accedit præterea, quia cum una res, aut plures, uno pretio emptæ sunt, non debet pretium particulari solutione dividi, *l. plane, ff. familia erciscunda*

de, l. quidam existimaverunt, ff. si certum petatur.

222 Inter has sententias media quadam via nobis incedendum est, quia in concordiam reducuntur; ut nimirum dicamus, si emptor contentus sit habere solam partem alterius domini, qui venditioni consensit, & pro rata illius pretium, & laudemium solvere, tunc alium dominum partem suam retinere posse, ut prima sententia affirmat. Nam in eo eventu tam emphyteutæ vendentis, quàm domini consentientis venditioni, præjudicium omne cessat, ut patet; nec emptori ulla fit injuria, cum liberè consentiat. Ita post Curtium juniorem resolvit Caldas *de extinctione*, *cap.* 12. *n.* 24. Si autem emptor nolit solam partem alterius habere, tunc minime licere domino, qui non vult consentire venditioni, retinere solam suam partẽ, ut secunda sententia contendit, sed si eam retinere velit, debere, & compellendum esse totam rem sibi accipere, integro pretio venditori refuso. Quam resolutionem tradunt Albericus *in l. si duo patroni*, *in principio*, *ff. de jurejurando*, Jason se ad illum remittens *in l. ultima*, *Cod. de jure emphyteutico*, *quæst.* 22. *num.* 124. Gregorius Lopes *in l. ultima*, *tit.* 8. *partita* 5. *verbo*, *Al señor*, Tiraquelus *de retractu lignagier*, §. 11. *Glossa.* 7. *num.* 4. Molina *disp.* 459. *num.* 13. Caldas proximè citatus, & alij, quos referunt. Et hæc videtur esse mens eorum, quos pro secunda sententia citavimus: satisque hoc placitum evincitur ex fundamentis utriusque sentẽtiæ suprapositæ. Nam fundamenta primæ planè evincunt, consensum alterius domini non posse impedire jus prælationis alteri domino concessæ. Et fundamenta secundæ efficaciter probant non posse eum hoc jure uti cum præjudicio emphyteutæ, aut emptoris: maximè autem alterutri præjudicaretur, si dominus ille posset retinere solam partem, relicta alia illis invitis: igitur, si partem suam retinere velit, & emptor nolit aliam partem habere, summa æquitate cogitur totum accipere, & integrum pretium refundere, ut illorum præjudicium vitetur; atque in hoc eventu debet ulterius hic dominus solvere alteri domino laudemium, & pensionem parti ejus respondentem; quia respectu illius se habet tamquam emptor extraneus, ut bene advertit Cald. *d. n.* 24.

Sed quid, si dominus ille, qui non vult venditioni consentire, sit de personis prohibitis, ut si sit aliquod monasterium, vel persona valde potens? 223 Respondet Caldas *supra num.* 25. non posse tunc eum dominum partem alterius retinere, ne is deterioris conditionis reddatur: at neque emptorem compelli posse solam eam partem habere, per leges, & rationes *supra*, pro secunda sententia adductas; sed totum damnum fore emphyteutæ, qui compelletur eam partem retinere. Quod ultimum mihi non placet; & dicendum potius videtur, dominum illum neque partem suam retinere posse in hoc casu: nam quod neque emptor, neque venditor compelli possit habere solam aliam partem, quando uno pretio, seu una venditione, totum vendebatur (de quo tantum casu hic loquimur) efficaciter probant fundamenta, & rationes secundæ sententiæ: neque domino directo jus prælationis conceditur, nisi secluso quovis præjudicio, & incommodo emphyteutæ, ut ex dictis constat, & in specie hujus casus probat bene Guido Pape *dicta decis.* 508. *ex l. ultima*, *Cod. de jure emphyt.*

Ex his à fortiori colligitur, quando Emphyteusis ad unum tantùm dominum spectat, & tota uno pretio venditur non posse dominum unam tantum partem illius retinerẽ, sed aut totam retinere, aut totam dimittere debere, ut in simili de retractu docet Tiraquelus *de retractu lignagier*, §. 23. *Glossa* 2. *num.* 3. & in specie Cald. 224 *dict.*

dicto cap. 12. de extinctione, *num. 21.* dicens esse hoc in confesso apud omnes: si autem partes Emphyteusis diversis pretijs vendantur, tunc aliter dicendum est, nempe dominum posse unam retinere, & permittere, ut alia vendatur, salvis quoad eam partem omnibus suis juribus dominicalibus; quia tunc est duplex venditio, & non intelligitur, quod emptor, aut venditor nollet contrahere pro sola una parte; quæ est ratio, ob quam jura disponunt, ut aliter dicendum sit, quando tota res, & omnes ejus partes uno pretio distrahuntur. Unde etiam quando res emphyteutica spectaret ad duos dominos directos, sive pro diviso, sive pro indiviso, & partes talium dominorum diversis pretijs venderentur, posset unus ex illis solam suam partem retinere; quod in simili probat textus in *dicta l. quod autem*, §. *Sabinus*, *ff. de in diem addictione.* Quando autem plures res, aut partes ejusdem Emphyteusis censeantur venditæ uno, aut diverso pretio, seu una, aut distincta venditione, vide apud Tiraquelum, *dicto* §. 23. *de retractu lignagier*, *Glossa* 1. *à num.* 21.

Utrùm tempus duorum mensium, aut triginta dierum, quod domino conceditur, ut intra illud possit uti jure prælationis, currat impedito?

§. VII.

SUMMARIUM.

Respondetur affirmativè. Quod tamen limitatur, nisi impedimentum inductum sit ab ipso emphyteuta. n. 225.

Suspendetur illud tempus, quando emphyteuta litem moveret adversus emptorem, contendendo venditionem fuisse nullam, aut rescindendam. 226.

Domino minori competit restitutio adversus lapsum illius temporis. ibid.

Septima dubitatio est, utrùm tempus duorum mensium; vel triginta dierum, quod domino conceditur, ut intra illud possit uti dicto jure prælationis, currat impedito? Respondetur affimetivè ex doctrina Sanch. *lib. 7. de matrim. disp.* 37. *n.* 19. ubi docet, licet tempus præfixum in odium negligentium non currat impedito: at secus esse, quando non in odium negligentis, sed in favorem alterius præscriptum est; pro qua doctrina multos allegat Doctores: dictum autem tempus domino concessum, non in odium alicujus negligentiæ ipsius domini est præfixum, sed in favorem emphyteutæ vendentis, ut non cogatur amplius expectare deliberationem domini; & ita hanc resolutionem veram supponunt Carolus Molineus, & Caldas eum referens *cap.* 13. *de extinctione*, *num.* 10. qui eam limitant, nisi impedimentum inductum sit ab ipso emphyteuta. 225

Unde idem Caldas *cap.* 14. *num.* 3. rectè notat, suspendi illud tempus, si contingat ante ejus lapsum moveri litem ab emphyteuta adversus emptorem, contendendo venditionem esse nullam, aut rescindendã: nam durante lite, denunciatio, seu requisitio facta domino habetur pro infecta propter incertum litis eventũ, ut in simili de retractu advertit Tiraq. *de retract. lign.* §. 1. *Gloss.* 10. *n.* 36. resolvens debere postea terminũ incipere à tempore litis finitæ; quæ proinde domino notificari debet, ad hoc ut requisitio legitima evadat, ut idem Cald. notat; qui etiam *n.* 25. *& seqq.* bene ad rem præsentem admonet, domino minori concedi restitutionem adversus lapsum illius temporis. Unde non placet, quòd ex eodẽ Cald. alijs in locis, tradit Aug. Barb. *in c. potuit, de loc. n.* 15. *fin.* minorẽ, & Ecclesiã 226

non

non restitui, si intra dictum spatium non declaraverint.

Vtrùm dominus habeat jus prælationis, quando emphyteuta vult vendere fructus, seu commoditatem rei emphyteuticæ?

§. VIII.

227 VLtima dubitatio est, utrùm, si emphyteuta voluerit vendere fructus, seu commoditatem rei emphyteuticæ, habeat similiter dominus jus prælationis respectu cujuscumque alterius emere volentis? Ratio dubitandi est, quia colonus vendens fructus rei conductæ tenetur præferre dominum cuilibet alteri emptori, ut censent communiter Juristæ *ex l.* 1. *Cod. de metallis*; *lib.* 11. Vnde idem videtur dicendum de emphyteuta. Nihilominus non adstringi emphyteutam hac obligatione, docent merito Valascus *de jure emphyt. q.* 24. *n.* 3. & Mol. *disp.* 458. *n.* 1. quia nullo jure id cavetur, & alioqui stat generalis regula *l. dudum*, *Cod. de contrahenda emptione*, ubi cuicunque sit potestas vendendi rem suam, cui voluerit. Neque quod dicitur de colono in ratione dubitandi, transit sine cõtroversia, de qua Valasc. *loc. cit.*

Quousque competat domino jus excipiendi contra personam, in quam Emphyteusis alienatur?

§. IX.

SUMMARIUM.

Dominus potest excipere, ne Emphyteusis transferatur in personam, à qua sibi aliquod damnum timet. n. 228.

Vtrùm domino concedatur spatium duorum mensium, vel triginta dierum ad dictam exceptionem opponendam? n. 229.

Si emphyteuta dominum decipiat affirmando, personam, in quam vult Emphyteusim alienare, esse idoneam, alienatio est nulla, & potest dominus agere ad pœnam commissi. ibidem.

Quando emphyteuta vult rem donare, si dominus de ea donatione admonitus nihil opponit, potest statim perfici donatio, n. 230.

AD quæstionem propositam breviter respondeo, dominum posse excipere, & impedire, ne Emphyteusis transferatur in personam, à qua sibi aliquod damnũ timet, juxta superius dicta *sect. præced.* §. *unico*, ubi explicuimus, quæ personæ censeantur inhabiles, ut Emphyteusis in eas transferatur. Qua de re ita generaliter loquẽdo, nulla apud DD. est controversia. 228

Dubitari autem potest, utrùm domino concedatur spatium duorum mensium, vel trigenta dierum, ad ejusmodi exceptionem opponendam? Ita ut quemadmodum quando competit domino jus prælationis, non potest statim post requisitionem illi factam alienari Emphyteusis, sed expectari debet hoc temporis spatium, ut dominus intra illud deliberet, utrùm rem pro eodem pretio retinere velit; sic etiam, quando dominus prælationem non habet, expectari debeat idem spatium, ut interim videat, an habeat aliquam legitimam exceptionẽ contra personam, in quam res alienatur? Affirmant Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *q.* 15. & Sylvester *verbo*, *Emphyteusis*, *quæst.* 16. Fundamentum esse potest, quia videtur esse par ratio in utroque casu. Molina tamen *disp.* 461. *num.* 6. existimat, hanc sententiam esse falsam; & merito, quia *l. ultima*, *Cod. de jure emphyteutico* solùm tribuit hoc spatium domino in alienationibus, in quibus illi competit 229

jus prælationis, ad hoc, ut intra illud deliberet, an velit prælatione uti; & cum hac lege concordat quoad hoc jus Lusitanum, *lib. 4. Ordinat. tit. 38. in principio.* Neque est par ratio, quando dominus prælationem, non habet; quia, si dominus novit, personam non esse idoneam, non indiget tempore ad deliberandum, sed statim absque ullo suo incommodo contra illam excipere potest: & si novit, idoneam, esse non potest contra illam excipere, & consequenter non est, cur ei tribuatur tempus ad deliberandum circa illam. Si autem ignorat, qualis sit, potest interrogare emphyteutam de qualitatibus illius; & si emphyteuta eum decipiat, dicendo esse idoneam, cum idonea non sit, nihil ei talis deceptio nocet; licet Emphyteusis statim alienetur, quia tunc erit alienatio nulla, & poterit agere ad pœnam commissi, quam emphyteuta non minus in eo casu incurret ob alienationem in talem personam, quam cum generaliter obtineret licentiam alienandi Emphyteusim, & cum sola hac licentia eam alienaret in personam non idoneam; in quo eventu in commissum incidere diximus *sect. præced. §. unico, n. 198.*

230 Itaque neque ex dispositione juris, neque ex ratione apparet, cur domino tribuendum sit illud spatium ad dictam exceptionem opponendā. Unde quando emphyteuta vult rem donare, si dominus de ea admonitus, nihil opponat, statim emphyteuta potest donationem perficere, & idem est de alia quavis alienatione, in qua dominus prælationé non habet. Nec mirū, nam etiam quando dominus habet prælationem, si ante lapsum prædictum temporis spatium declararet se nolle retinere rem pro eodem pretio, statim post eam declarationem potest emphyteuta rem alienare, ut ex communi sententia tradidi supra §. 8. Oportet autem, ut persona, in quam fit alienatio, sit idonea, nisi fortè esset satis nota domino, & de illa in particulari admonitus, eam approbasset, nihilve contra eam opposuisset, quia tunc videtur cessisse jure suo.

SECTIO UNDECIMA.

Vtrùm emphyteuta tenetur ad aliquas expensas circa rem emphyteuticam, & ad præstanda onera, quæ ipsi rei, aut ratione illius sunt imposita?

SUMMARIUM.

Emphyteuta tenetur ad faciendas expensas, de quibus expresse convenit in contractu emphyteutico. n. 231.

Quamvis nihil de expensis actum sit in contractu emphyteutico, tenetur emphyteuta facere expensas necessarias ad conservationem rei, vel ad collectionem fructuum, licet magnæ sint, nec illas potest repetere, finita Emphyteusi. n. 232.

Quid, si factæ sint expensæ extraordinariæ? ibidem.

Tenetur emphyteuta facere quaslibet expensas, quæ per legem, statutum, aut consuetudinem receptam, indictæ sunt, nec illas potest repetere. n. 233.

Cum in præsenti disputatione dicere proposuerimus de obligationibus, quibus emphyteuta 231 respectu proprietarij adstringuitur, annectere hinc etiam libuit aliquid de ejus obligatione circa expensas, & onera, quæ rem emphyteuticam consequuntur. Quod ergo attinet ad expensas, dicendum breviter est, primo, teneri emphyteutam ad faciendas expensas, de quibus expresse convenit in ipso contractu emphyteutico. Est hoc citra dubium; nam pacta, & cōventiones contractui emphyteutico adjectæ servari debent, si iniquæ non sint, *l. 2. Cod.*

Cod. de jure emphyt. Et quando pactum gravat emphyteutam, est tamquam pars pretij, propter quod minor pensio imponitur: unde emphyteuta faciens expensas, ad quas ejusmodi pacto se obligavit, eas repetere non potest, quemadmodum de meliorationibus ab eo factis ex necessitate specialis conventionis, dictum à nobis est, *supra disp. 3. sect. 1. n. 12.*

232 Dicendum secundo, licet nihil de expensis actum sit in contractu emphyteutico, teneri tamen emphyteutam facere expensas necessarias ad conservationem rei, aut fructuum collectionem, etiamsi magnæ sint; neque illas repetere posse finita Emphyteusi. Ita cum alijs Valascus *de jure emphyt. q. 26. n. 1. & 4.* Britto *in rubrica de locato, & conducto, part. 2. §. 3. n. 40.* & patet ex traditis loco proximè citato. Si tamen ejusmodi expensæ sint extraordinariæ, & magni sumptus, ut pro construndis ageribus ad impediendum impetum fluminis, ne campum emphyteuticum obruat, non tenebitur emphyteuta illas facere in solidum, sed debet dominus contribuere: & si solus eas faciat poterit finita Emphyteusi repetere, quod dominus impendere debebat, ut etiam cum Gama, & Mol. explicuimus *dicta disp. 3. sect. 2. §. 2. n. 30.*

233 Dicendum tertio, & ultimo, teneri præterea emphyteutam facere quaslibet alias expensas, quæ per legem, statutum, aut consuetudinem receptam indictæ sunt, nec illas potest repetere, ut notat Valascus *dicto num. 4.* Mol. *supra*, & Doctor Joannes de Carvalho *in cap. Raynaldus part. 4. num. 211.* Idem supponunt Ordinationes Lusit. *lib. 4. tit. 97. §. 22.* Et constat facilè; non solùm quia per ipsam legem, aut consuetudinem ad illas obligatur emphyteuta, sed maxime, quia in ipso contractu emphyteutico tacitè veniunt, quæ sunt de jure, aut consuetudine regionis, licet non exprimantur. *ex reg. semper. in stipulationibus, ff. de reg. juris.* Quæ autem expensæ sint de necessitate juris in præsenti materia, diximus *citata disp. 3. sect. 1. num. 13.* & tradunt Valascus, & Mol. *supra.*

De oneribus ratione rei emphyteuticæ præstandis.

§. Unicus.

SUMMARIUM.

Quotuplicia sint onera, quæ ratione rerum emphyteuticarum deberi possunt? n. 234.

Emphyteuta tenetur solvere omnia onera realia rei emphyteuticæ imposita, non verò dominus directus. n. 235.

Generale est, ut qui fructus alicujus rei colligit, subire etiam debeat gravamen functionum. ibid.

Quod dictum est, teneri emphyteutam solvere onera realia imposita rei emphyteuticæ, procedit licet res deveniat ad Clericos, vel Ecclesiam. n. 236.

Reprobatur statutum, quo Respublica omnia prædia subjiceret tributis, ne si forte ad Ecclesiam deveniant, tributa minuantur. eodem n. 236.

Novus rei possessor non manet liber à solvendis prædictis oneribus, licet pactum inierit cum antiquo possessore, à quo rem habet, ut non ipse, sed solus antiquus possessor teneatur illa solvere. n. 237.

Quid dictum pactum operetur? ibid.

Etiam onera personalia ratione rei emphyteuticæ imposita, aut imponenda solvi debent à solo emphyteuta. n. 238.

Quid, si imponantur ad perpetuam utilitatem ipsius rei? ibid. in fine.

Non tenetur autem emphyteuta solvere dicta onera, nisi proportionaliter ad suum emolumentum. n. 239.

Collectæ, quæ jubentur solvi ex reditibus beneficiorum, solvi debent tam à beneficiario, quam à pensionario, ab unoquoque pro rata sui emolumenti. dicto num. 239.

Cum declaratione, quæ ponitur. n. seq.

Vtrùm emphyteuta Ecclesiæ teneatur ad collectas per potestatem laicam impositas, quando ipse emphyteuta est laicus? Negant aliqui. n. 241.

Oppositum tamen tenendum est. n. 242.

Si Ecclesia, aut persona ecclesiastica habeat Emphyteusim à laico, non propterea ei possunt imponi nova tributa, & collecta per potestatem laicam. eodem n. 242.

Vtrùm Emphyteuta non solùm teneatur ad collectas sui temporis, sed etiam ad decursas tempore prædecessoris, quæ solutæ non sunt; quemadmodum se res habet in oneribus realibus? n. 243.

Prædita circa obligationem emphyteutæ ad solvenda onera ratione rei emphyteuticæ imposita, pari modo procedunt in conductore ad longum tempus. Et utrùm etiam procedant in simplici colono? num. 244.

Emphyteuta principis supremi excusatur ab oneribus, & impositionibus extraordinarijs ob ipsam rem emphyteuticam solvendis. n. 245.

Si ex aliquibus terris solvatur principi quarta pras fructuum, debent earum possessores servari immunes ab alijs impositionibus ex eisdem terris; nisi sint imposita ex causa, quæ pietatis, & communis utilitatis rationem habeat, cujusmodi sunt instructiones viarum, reparationes murorum, pontium, aut fontium. ibidem.

Quando collectæ, & contributiones non imponuntur determinatè ratione rei emphyteuticæ, sed absolutè pro quantitate, & valore bonorum cujusque, non tenetur emphyteuta eas solvere ratione rei emphyteuticæ, nisi pro ut æstimatur utile dominium, quod in illa habet. n. 246.

Quando Ecclesiasticis imponuntur contributiones habita ratione omnium bonorum, quæ ab uno quoque possidentur, & non determinatè respectu beneficiorum, tenentur pensionarij eas solvere pro rata suarum pensionum, etiam si illis fuerint concessæ cum omnimoda exemptione à quibusvis oneribus beneficio impositis, aut imponendis. n. 247.

Circa onera verò subeunda ratione rei emphyteuticæ, advertendum est quædam esse onera realia, id est, quibus ipsa res emphyteutica per se immediatè obligata est, ut si fundus emphyteuticus sit tributarius, aut subjectus alicui pensioni annuæ: quædam verò personalia, id est, quæ immediatè sunt imposita personis habentibus res emphyteuticas, ut quando imponuntur collectæ, aut contributiones pro aliqua communi necessitate, &c. Quæ rursus in duplici sunt differentia; nam, vel imponuntur determinatè ratione rerum emphyteuticarum; vel absolutè ratione bonorum, quæ ab unoquoque subdito possidentur, sive talia bona sint emphyteutica, sive non, ut decimæ omnium redditùum, quæ hodie in hoc regno ad ejus defensionem ab omnibus civibus exiguntur. 234

235 His animadversis, Prima assertio sit. Emphyteuta tenetur solvere omnia onera realia, quibus res emphyteutica subjecta est non verò dominus directus. Ita, relatis alijs, Valascus *de jure emphyteut. quæst. 17. n. 1. & q. 26. n. 2.* & Molina *disp. 456. n. 4.* Sumitur *ex l. 2. Cod. de jure emphyteut.* ibi, *vel publicarum functionum*; quod de oneribus seu tributis realibus communiter intelligitur, & *ex l. 2. & 3. Cod. sine censu, & ex l. Imperatores, in principio, ff. de pactis*, quæ leges agunt de oneribus, & tributis realibus, statuuntque talia onera transire in possessores prædiorum etiam quoad obligationem solvendi pensiones decursas, quæ ab antiquis possessoribus solutæ non sunt. Facit etiam textus *in l. hactenus, & in l. si pendentes §. si quid, ff. de usufructu*: ex quibus habetur usufructuarium solvere debere omnia onera, quæ ex re debentur. Et regula generalis est, ut qui fructus alicujus rei colligit, subire etiam debeat gravamen functionum: quam regulam cum Afflictis, Avendanio, & alijs approbat, & illustrat Valascus.

su-

supra num. 2. & tradit Cassaneus *in consuetudines Burgundiæ, rubr. 4. §. 6. verbo, & ferat medietatem, n. 4.*

236 Assertionem propositam ampliabis primò, ut procedat etiam si res deveniat ad Clericos, & Ecclesiam, ut cum communi sententia advertunt Valascus *supra n. 17.* & Mol. *n. 9.* quia res transit cum suo onere, & causa in quemcumque possessorem, quãtumvis aliàs privilegiatum. Et ita ampliationem hanc probat *cap. si tributum 11. quæst. 1. & cap. 1. in fine de censibus, & cap. Abbates de decimis, & Authentic. item prædium, Cod. de sacr osanctis Ecclesijs*, cum similibus. Probat etiam Ordinatio Lusit. *lib. 2. tit. 34. §. 8.* ubi Ecclesiæ peculiari privilegio eximuntur à solvendo quodam tributo reali, quod vulgò appellatur, *Iugada*, cum certis limitationibus, & declarationibus. Quo satis indicatur, seclusa ea exemptione à regibus concessa, debere etiam Ecclesias hoc tributum solvere, eo quod sit reale. Unde commendat Bartholus, & quidam alij Recentiores statutum, quo quædam Respublicæ prædia omnia tributis, & collectis subjecerunt, ne, si forte ad Ecclesiam devenissent, tributa minuerentur. Merito tamen Valascus *supra*, cum communi Juristarũ hoc statutum reprobat, & nullum esse pronuntiat, eo quod in odium, & fraudem Ecclesiæ conditum sit. Alia etiam ratione illud impugnat Rota in quadam decisione, quam inter alias refert ad verbum Diana, *in fine tomi quinti, quæ incipit, judex Taurinensis, & est penultima inter ibi relatas*, quam vide à vers. *Tertia est species.* Addit autem Valascus *supra*, defendi posse ejusmodi statuta, quando à Rege, vel aliàs potestatem habente talia onera realia fuerint generaliter indicta sine fraude, & odio Ecclesiæ ad subveniendum necessitatibus regiæ Coronæ; quod etiam cum alijs admittit Sanches, *lib. 2. opusculorum, c. 4. dub. 57. n. 7.* Ad discernendum autem, an fraude, & odio id statuatur, considerandæ sunt circumstantiæ, & causæ, quæ tunc concurrunt.

Ampliabis secundò, ut procedat, licet novus possessor pactum inierit cum antiquo possessore, à quo rem habet, ut non teneatur solvere illa onera realia, sed quod possessor antiquus illa solvat; nam tunc etiam ipse novus possessor non manet liber in præjudicium creditoris, cui talia onera debentur, sed potest ab eo cogi, ut ea præstet: propter ejusmodi verò pactum recursum adversum antiquum habet possessorem, ut sibi solvat, quod ipse novus possessor dicto creditori præstitit. Sic habetur *l. epistola, §. pactum, ff. de pactis*, & tradit bene Valascus *dicta q. 17. n. 24.* & Molina *dicta disput. 456. sub num. 5.* addens eadem ratione posse novum possessorem, qui præterita tributa solvit, agere adversus antiquũ pro eorum compensatione; quod etiam tradit Valascus *n. 22.* & probat *l. cum possessor, ff. de Censibus*. Atque hæc omnia tradunt quædam Glossæ, quas Molina *loco citato* refert. Is autem, qui prædium tributis gravatum emit à fisco, non tenetur solvere illas pensiones præteritas, sed tantum futuras, ut per se constat, & habetur *l. ultima Cod. de Censibus, lib. 11.* 237

Secunda assertio. Etiam onera, & tributa personalia ratione rei emphyteuticæ imposita, aut imponenda, solvi debent à solo emphyteuta. Sic Valascus *dicta quæst. 17. n. 8.* ubi plures refert, Molina *disp. 456. num. 4. & 6.* & Fragos. *tomo 3. disp. 12. §. 1. n. 40.* Probatur *ex dicta l. 2. Cod. de jure emphyt.* quatenus decernit publicas functiones, seu tributa solvi debere ab emphyteuta, quod non tantùm intelligitur de tributis, realibus, sed etiam de personalibus. Idem à simili probatur, quia usufructuarius non solùm tenetur ad onera realia, sed etiam ad personalia, quæ ratione rei imponuntur, ut constat *ex dicta l. hactenus, & dicta l.* 238

pendentes, §. *si quid*, *& l. usufructu relicto*, *ff. de usufructu*; *& ex l. quaro*; *ff. de usufructu legato*, quæ expresse loquitur de oneribus, & tributis imponendis, durante usufructu: ac denique *ex l. neque stipendium*, *ff. de impensis in rebus dotalibus*, ubi dicitur, quod maritus, cùm sit usufructuarius bonorum dotalium uxoris, tenetur solvere tributa prædiorum dotalium; neque potest ea repetere ab uxore; & redditur ratio in eodem textu, quia inquit, *onus fructuum hæc omnia impendia sunt.* Unde, cum emphyteuta sit plusquam usufructuarius rei emphyteuticæ, & utile dominium illius habeat; consequens est, ut etiam teneatur dicta onera solvere, idque sive sint modica, sive magna, ut Mol. *sup.* contra Julium Clarum advertit. Si tamen aliquid extraordinarium imponeretur pro facienda re aliqua concernente perpetuam utilitatem rei emphyteuticæ, tunc contribuere teneretur proprietarius, ut supra notavimus *n.* 232. & advertit idem Molina *n.* 4. *& 7.* cum Gama *decis.* 301. ac novissimè Fragos. *loco supra cit.*

239 Advertit etiam Valascus *dicta q.* 17. *n.* 9. *& 10.* referens alios, emphyteutam non teneri solvere, nisi respectu sui emolumenti tantùm, deducta pensione, quam domino solvit, & impensis, quas pro fructibus colligendis fecerit. Et verò quod pensio deducenda sit, ita ut emphyteuta solùm teneatur pro rata sui emolumenti, & dominus pro rata pensionis; traditur etiam à Fragoso nuper citato, & concordat cum simili Doctorum resolutione circa collectas, & subsidia charitativa, quæ à Papa, vel Episcopo jubentur solvi ex reditibus beneficiorum. Nam si beneficium sit oneratum aliqua pensione, tenetur beneficiarius solvere charitativum pro rata sui emolumenti; & pensionarius pro rata pensionis, nisi Papa in pensionis concessione contrarium declarasset, ut resolvunt Decius *consil.* 156. Gigas *de pensionibus*, *quæst.* 38. *& 39.* Cassaneus *in consuetudines Burgundiæ*, *rubr.* 4. §. 6. *verbo*, *& ferat medietatem*, *n.* 7. *in additione*, Molina *tomo* 2. *de just. disp.* 456. *vers. quod verò attinet*, & alij, quos citat, & sequitur Valascus, & Fragos. *loco citato.* Unde in nostro etiam casu dicendum videtur teneri dominum contribuere pro rata pensionis.

Hoc tamen ego intelligo, quando 240
imponitur solvenda aliqua quota fructuum, seu redituum, ut decima, aut vigesima pars, & cætera. Nam si aliquid certum imponeretur, ut verbi gratia, quod ij, qui habent prædia in territorio Eborensi, solvant tot, aut tot aureos pro magnitudine prædiorum, videtur quod tunc debet emphyteuta solvere totam collectam, nisi aliud habeat consuetudo loci; quia, ut omne lucrum, & commodum superveniens spectat ad Emphyteutam, sic ad illum spectare debet totum damnum, & incommodum, argumento *l. si id*, *quod post*, *ff. de periculo*, *& commodo rei venditæ*; & facit ratio textus ex opposito *in l. si negotia absentis*, *ff. de negotijs gestis*, *& in l. & si contra*; *in fine*, *ff. de vulgari*, *& pupillari substitutione.* Et similiter dicendum videtur de beneficiario, licet citati Doctores id non declarent, & facilè possit assignari maior ratio, ob quam oppositum in eo tenendum sit. Nam pensio ecclesiastica debetur immediatè ex fructibus beneficij, & super illis imposita est. Unde quacumque ratione imponatur collecta ex illis solvenda, non mirum si etiam pensionario noceat: at verò pensio emphyteutica non debetur ex fructibus rei, sed est absolutè imposita personæ emphyteutæ, ut illam solvat domino in recognitionem dominij; & ideo non debuit minui propter quamlibet collectam ratione rei emphyteuticæ solvendam.

Præterea dubitari solet circa tra- 241
ditam conclusionem, utrùm emphyteuta Ecclesiæ teneatur ad collectas per

per potestaté laicam impositas, quando ipse emphyteuta laicus est? Negat Bartholus *in l. privata, Cod. de excusationibus munerum, lib.* 10. & Baldus *in l.* 1. *colum.* 1. *Cod. de jure emphyt.* Quatenus dicit teneri emphyteutam solvere collectas, & tributa, nisi sit colonus privilegiati. Consentit Menoch. *consil.* 444. *n.* 27. & idem videtur tenere Cassaneus, *in consuetudines Burgundiæ, rubr.* 4. *§.* 6. *verbo, & ferat medietatem, n.* 6. Quatenus hanc sententiam secundo loco refert, nec impugnat. Alios etiam pro eadem parte refert Valascus *dicta q.* 17. *n.* 11. Præcipuum fundamentum hujus sententiæ est, quia alioqui sequeretur præjudicium Ecclesiæ, quæ non tantam pensionem à suis emphyteutis percipiet, si ejusmodi collectis mansuri sint obnoxij. Nam propter onus collectarum vilius locatur prædium, *l. mortis causa, §. finali, cum Glossa, ff. de donationib. causa mortis*: potestas autem laica nihil in præjudicium Ecclesiæ statuere potest.

142 Oppositum nihilominus meritò sentit cum alijs Valascus *dicto, n.* 11. *& seq.* ubi affirmat, hoc servari in praxi, & Mol. *dicta disp.* 456. *n.* 12. dicens esse communem sententiam. Fundamentum est, quia talis emphyteuta neque ratione propriæ personæ, neque ratione dominij utilis, quod in re habet, gaudet exemptione à legibus, & constitutionibus laicis collectam imponentibus; siquidem talis emphyteuta est persona laica, ac minime privilegiata, ut supponimus; & similiter jus, ac dominium, quod in re ecclesiastica habet, mere laicum, & profanum est; & consequenter legibus Principũ laicorum subjectum, ut tenet communis sententia; quam, relatis multis, tradit Valascus *dicta q.* 17. *n.* 12. (licet contrarium conetur defendere Rota Romana in quibusdam decisionibus, quas ad verbum refert Diana *in fine tomi* 5. *nimirum in ultima, & antepenultima inter ibi relatas.* Unde in ultima infert emphyteutas Ecclesiæ non teneri ad collectas, & onera realia per laicam potestatem imposita): ergo quantumvis res emphyteutica quoad proprietatem spectet ad Ecclesiam, si tamen reperiatur in manibus emphyteutæ laici, dictis collectis subjicitur quoad utile dominium. Facit illud vulgare axioma, *Quod mutata conditione personæ, bonorum etiam conditio mutata videtur, l. Paulus*, aliàs, *Per procuratorem, ff. de acquirenda hæreditate, l. fiscus, ff. de jure fisci*, cum similibus apud Valascum *supra sub num.* 15. Unde è contrario, si Ecclesia, aut persona ecclesiastica habeat Emphyteusim à laico, non possunt ei imponi nova tributa, vel collectæ per laicam potestatem, ut advertit idem Valascus *n.* 16. & Molina *supra n.* 12. Ad fundamentum prioris sententiæ respondetur facilè illud Ecclesiæ præjudicium esse quid secundarium, & per accidens; & ideo non attendi. Nam quæ secundariò eveniunt, in consideratione non sunt. *l.* 1. *ff. de authoritate tutorum*, Jason plura cummulans in *l. quoties, colum. finali, C. de judicijs.*

Quæri etiam solet, utrùm emphyteuta non solùm teneatur pro collectis suorum annorum, sed etiam pro antea decursis, & non solutis, sicut de tributis, & oneribus realibus dictum est? Respondent affirmativè Paulus Castrensis, Alexander, Aretinus, & Jason *n.* 5. *in l. idem Iulianus §. hæres cogitur, ff. de legatis* 1. Garcia *de expensis, c.* 11. *n.* 50. *fine*, & Valascus eos referens, *dicta q.* 17. *n.* 21. Probant, quia licet collectæ, & contributiones, quæ à Principe imponuntur, non sint onera mere realia, tamen bona, ratione quorum solvuntur, sunt pro illis tacitè hypothecata: omnia enim bona sunt obligata pro tributis, *l.* 1. *Cod. si propter publicas pensitationes l.* 1. *Cod. in quibus causis pignus, vel hypotheca contrahitur*, Albericus *in l.* 2. *Cod. eodem tit.* & alij apud Valascum *supra* (quamvis ipse Valascus tam generalem hypothe- 143

pothecam non admittat) : hypotheca autem, cum sit obligatio realis semper comitatur rem, in quemcumque possessorem transeat; ac proinde cujuscumque anni, sit collecta, pro qua bona sunt hypothecata, tenetur rei possessor illam solvere, quamvis sit decursa tempore antiqui possessoris. Hæc tamen sententia mihi difficilis videtur, quia non video eam in praxi servari, & quidem Mol. *d. disp.* 456. *sub n.* 5. nullam admittit hypothecam pro tributis, & collectis personalibus, sed tantùm pro realibus, de quibus solis intelligit jura proxime citata. In qua sententia dicendum consequenter est, non teneri emphyteutam pro collectis personalibus, quæ tempore antiqui possessoris decursæ sunt, sed tantùm pro realibus.

144 Omnia prædicta pari modo procedunt in conductore ad longum tempus, ut advertit Valascus *d. quæst.* 17. *num.* 26. quia talis conductor emphyteutæ comparatur, cum pari modo utile rei dominium, & naturalem possessionem habeat, cum obligatione solvendi domino pensionem. Utrùm autem idem dicendum sit de simplici colono, seu conductore? Respondet cum quibusdam moderationibus idem Valascus *n.* 27. teneri solvere tributa, & onera realia, non autem personalia; quia hæc imponuntur personis pro rebus; & consequenter spectant ad dominum rei, non autem ad simplicem colonum, qui nullum rei dominium habet.

145 Advertunt tandem idem Valasc. & Mol. *d. disp.* 456. *fine*, emphyteutam supremi Principis excusari ab oneribus, & impositionibus extraordinarijs ob ipsam rem emphyteuticam solvendis *per l.* 2. *Cod. de collatione fundorum patrimonialium*, *lib.* 11. quanvis hoc male in praxi servetur. Item si ex aliquibus terris solvatur Principi quarta pars fructuum, (ut ferè ex omnibus terris, quas *Reguengos* appellant, solvuntur in hoc regno) debere earum possessores servari immunes ab alijs impositionibus ex eisdem terris, ut summitur ex *d. l.* 2. & ex alijs juribus; præterquam si inexcusabilis necessitas immineat, *l.* 1. *Cod. ut nemini liceat in emptione specierum*, *lib.* 10. *& l.* 1. *& ultima, Cod. quibus muneribus, vel præstationibus nemini liceat*, *eodem lib.* Ratio est, quia seclusa tali necessitate, non debent res jam oneratæ alijs impositionibus gravari, ne super eadé re duplex imponatur onus, quod est maxime vitandum, Glossa, & Bartholus *in l. unica, Cod. de mulieribus, & in quo loco, & cæt. lib.* 11. Quibus juribus concinit lex regia *lib.* 2. *Ordin. tit.* 33. §. 23. ubi eximuntur à tributo jugationis agricolæ, qui alia maiora tributa ex eisdem terris solvunt. Non tamen eximuntur emphyteutæ Principis ab illis oneribus extraordinarijs, quæ pietatis, & communis utilitatis rationem habent, cujusmodi sunt instructiones viarum, reparationes murorum, pontium, aut fontiũ, ut probat textus *in l.* 1. *Cod. de collat. fundorum patrimonialium*, & notat bene Valascus, & Molina *sup.*

Tertia assertio. Quando collectæ, & cõtributiones non imponuntur determinatè ratione rei emphyteuticæ, sed absolutè pro quantitate, & valore bonorum cujusque, tunc emphyteuta non tenetur solvere ratione rei emphyteuticæ, nisi pro ut æstimatur utile dominium, quod in illa habet: neque procedit in eo regula, quod ad possessorem rei spectat solvere onera, & collectas, quæ ratione ipsius rei imponuntur. Ita Valascus plures referens *q.* 17. *de jure emphyt. n. ult.* & Mol. *disp.* 456. *n.* 4. *&* 8. Ratio patet ex ipsis terminis, quia cùm mens imponentis talia onera sit tantùm, ut quisque solvat iuxta quantitatem, & æstimationem suorum bonorum, non debet attendi ad peculiares rerum, vel possessorum conditiones, sed tantũ ad id, quod in bonis cujusque reperitur, aut computatur. 146

Unde

247 Unde ut Mol. *dicton.* 8. insinuat, satis utiliter infertur, quando Ecclesiasticis imponuntur onera, & contributiones, habita ratione omnium bonorum, quæ ab unoquoque possidentur, & non determinatè respectu beneficiorum, teneri pensionarios ea solvere pro rata suarum pensionum, etiam si illis fuerint concessæ à Summo Pontifice cum omnimoda exemptione à quibusvis oneribus beneficio impositis, aut imponendis; & ipsos beneficiarios solùm teneri solvere, pro ut æstimantur bona, & reditus, qui ipsis remanent, deducta pensione, & expensis: nam, cùm in ejusmodi contributionibus solùm respiciatur ad bona, & ut ita dicam, ad possibilitatem cujusque, omnes aliæ considerationes cessant, & unusquisque solvere tenetur pro ratione suorum bonorum, & non amplius. Neque obstat, quod Papa concesserit pensionem cum clausula, ut solus beneficiarius teneretur ad omnia onera beneficij: tum, quia hoc procedit de oneribus, quæ determinatè sunt imposita super beneficiū; non vero de ijs, quæ jubentur solvi absolutè pro ratione bonorum cujusque subditi: tum etiam, quia saltem in hoc casu habet locum, quod tradit Cassaneus *in consuetudines Burgundiæ, rubrica* 4. §. 6. *verbò, & ferat medietatem*, *num.* 7. *in additione*, ejusmodi concessionem intelligi de oneribus ordinarijs, non autem de extraordinarijs. Quod an in universum sit verū, hîc non disputò certè Glossa *in l. fistulas*, §. *frumenta*, & Baldus ibi, *ff. de contrahenda emptione*, quos Cassaneus pro se allegat, id non dicunt.

DISPUTATIO QUINTA.

De successione in Emphyteusim.

SECTIO PRIMA.

Quibus modis in Emphyteusim succedatur: & quid requiratur ad succedandum in Emphyteusim hæreditariam?

SUMMARIUM.

Non agitur hic de modo succedendi ex contractu, quo emphyteuta rem in alium transfert, sed de modis, quibus in Emphyteusim succeditur ex vi concessionis primo acquirenti factæ. Qui modi sunt duo, scilicet per successionem hæreditariam, & per successionem ex pacto & providentia. n. 1.

Quænam, & quotuplex sit Emphyteusis hæreditaria? n. 2.

Quæ Emphyteusis sit ex pacto, & providentia? n. 3.

Succedens in Emphyteusim ex pacto & providentia non capit illam ab emphyteuta prædecessore, sed à domino, à quo fuit concessa. Succedens autem in Emphyteusim hæreditariam, capit eam immediate à prædecessore, cui tamquam hæres succedit. eodem n. 3.

Ut quis succedat in Emphyteusim hæreditariam, opus est, ut sit hæres prædecessoris, ejusque hæreditatem adeat. n. 4.

Filius repudians hæreditatem paternam non potest capere Emphyteusim, quam pater accepit pro se, & hæredibus à se descendentibus. Aliter dicendum, quando Emphyteusis esset de providentia. eodem num. 4.

Utrum in Emphyteusim hæreditariam possit succedere legatarius, cui emphyteuta eam

ta eam legavit? num. 5.

Vtrùm ad succedendum in Emphyteusim hæreditariam, sufficiat, quod eam petens sit hæres mediatus primi acquirentis, licet non sit hæres ultimi possessoris? Affirmant communiter Iurista. n. 6.

contraria sententia præfertur ab Authore. n. 7.

Vtrùm in aliquo casu succedat in Emphyteusim hæreditariam, qui neque ex testamento, neque ab intestato succedit in alia bona ultimi possessoris? Respondetur in duplici casu id posse evenire, & assignatur primus casus. n. 8.

Aßignatur, & explicatur secundus casus. n. 9. & seqq.

Quando Emphyteusis fuit concessa sub hac forma, tibi, & hæredibus à te descendentibus: ijs verò deficientibus, alijs hæredibus tuis legitimis, seu de tua familia, & sanguine; si possessor non instituat successorem legitimum, sed alium extraneum, an tunc poßit ille legitimus successor Emphyteusim accipere, licet neque ex testamento, neque ab intestato succedat emphyteutæ defuncto? Referuntur tres sententiæ. n. 10. & 11.

Tertia sententia simpliciter præfertur ab Authore. n. 11.

Limitatur autem, & explicatur. n. 12. & 13.

Quando in aliqua dispositione fit mentio hæredis, & sequitur aliquod absurdum ex eo, quod intelligatur de hærede bonorum, debet intelligi hæres sanguinis, seu legitimus, licet, hæres bonorum non sit d. n. 12.

Quando possessor Emphyteusis, de qua dictum est num. 9. testamento de illa disponeret in favorem familiæ, ut semper in illa conservaretur, admitti ad illam debet hæres legitimus ultimi possessoris, licet neque ex testamento, neque ab intestato succedat in bonis illius. n. 13.

Quando censeatur concedi, aut relinqui Emphyteusis ex affectione ad solos hæredes legitimos, vel in gratiam familiæ conservandæ? eodem n. 13.

UM Emphyteusis, de cujus substantia, cõditionibus, & obligationibus hactenus dictum est, non extinguatur suaptè natura per morté primi acquirentis, sed in alias personas transire possit, dicendum nunc est de modis, quibus in illam succeditur, non quidem de omnibus; nam de modo succedendi ex contractu, quo emphyteuta rem transfert, satis superiori disputatione dictum est; sed tantùm de ijs, quibus succeditur ex vi investituræ, seu concessionis primo acquirenti factæ. Qui modi sunt duo, aut per successionem hæreditariam, aut per successionem ex pacto & providentia. Primus respondet Emphyteusibus hæreditarijs, & in eis tantummodò locum habet. Secundus respondet, & habet locum in Emphyteusibus familiaribus, seu ex pacto & providentia. 1

2 Est autem Emphyteusis hæreditaria, in cujus concessione fit mentio expressa, aut tacita hæredis, aut hæredũ primi acquirentis: quæ rursus, aut talis est purè; aut mixtè: purè hæreditaria est, quæ conceditur alicui pro ipso, & quibuscumque ejus hæredibus, etiam extraneis: hæreditaria mixtè dicitur, quæ alicui conceditur pro ipso, & hæredibus ejus, non quibuscumque, sed certam aliquam qualitatem, aut conditionem habentibus, ut pro hæredibus ab eo descendentibus, vel de ejus familia, &c. secundum quam rationem participat aliquid de Emphyteusi ex pacto & providentia: cæterùm hoc loco per Emphyteusim hæreditariam absolutè prolatam intelligimus quamcumque pro hærede, aut hæredibus concessam, sive talis sit purè, sive mixtè; utrique namque idem modus succedendi respondet.

Emphyteusis verò ex pacto & providentia est, in cujus concessione non fit ulla mentio hæredum, seu in qua 3

non

non postulatur, ut persona in eam successura sit hæres prædecessoris; ut quæ conceditur alicui pro ipso, & ejus uxore ac filio ex eis nascituro, vel pro ipso, & alio, quem nominaverit, & cæt. Unde succedens in ejusmodi Emphyteusim, illam propriè non capit ab emphyteuta prædecessore, sed à domino, qui in ipso cōtractu emphyteutico censetur eam immediatè cōcessisse cuilibet personæ ad eam vocatę, Gama *decis. 5. ante n. 1. & decis. 233. fine*, Valasc. *de jure emphyt. q. 38. convenientia 6.* & alij juxta Barthol. *in l. mortis causa, ff. de don. causa mortis*, & textus *in l. unum ex familia, §. si de falcidia, & §. sed si fundum, ff. de leg. 2.* Succedens autem in Emphyteusim hęreditariam capit eam immediatè à prędecessore cui tamquam hęres succedit: licet enim concessa etiam sit à domino, tamen ita fuit cōcessa, ut solus primus acquirens eam haberet immediatè ab illo, cęteri verò mediatè, quatenus hęredes extitissent ipsius primi acquirentis, aut alterius emphyteutę. Ex quo discrimine in modo succedendi valde diversi oriuntur effectus ut ex progressu disputationis patebit. Et propterea habebere semper prę oculis oportet, an emphyteusis, de qua fuerit sermo, hęreditaria sit, vel solum ex pacto & providentia: ad quod in particulari dignoscendum recolenda sunt, quę hac de re diximus *disp. 1. sect. 3. §. 1.* Ubi ex professo tradidimus regulas, & signa, ex quibus intelligitur, quę Emphyteusis sit hujus, aut illius speciei, & quę sit hęreditaria purè, vel mixtè.

4 His pro capite totius disputationis animadversis; accedamus jam ad id quod secundo loco in titulo sectionis proposuimus. Quid nimirum requiratur ad succedendum in Emphyteusim hęreditariam? qua in re illud apud omnes est certum, ut aliquis in ejusmodi Emphyteusim succedat, oportere, ut sit hęres prędecessoris, ejusque hęreditaté adeat, ut videre est apud Valasc. *de jure emph. quæst. 44. n. 8. & 19.* Cald. *de nominat. quæst. 22. n. 11. & 12. ac sæpè alibi per totam quæstionem*, & Molina *disp. 472. n. 9. & 10.* Ratio est manifesta, quia cum ejusmodi Emphyteusis solum concedatur pro hæredibus, sive absolutè, sive certam qualitatem habentibus, ut quando est hæreditaria mixtè, clarum est, quod ex vi talis concessionis non potest eam capere, qui hæres non est. Unde inferunt communiter DD. quod quando aliquis accepit Emphyteusim pro se, & hæredibus à se descendentibus, non potest ejus filius repudiare ejus hæreditatem, & nihilominus eam Emphyteusim capere; siquidem illam capere non potest, nisi ut hæres, neque potest esse hæres acceptando unam partem hæreditatis, & aliã repudiando, *l. quidam elogio, C. de de jure deliberandi, cum similibus.* Aliter evenit, quando Emphyteusis est tantum de providentia: tunc enim potest filius eam acceptare, licet paternam hæreditatem repudiet, ut apud omnes etiam constat, & tradit bene Gama *decis. 5. n. 4.* & Cald. *d. q. 22. n. 22. & seq.* quia in vocatis ad hanc Emphyteusim non postulatur, quod sint hæredes, neque illi eam capiunt à prædecessore, sed à domino, qui eã cōcessit. 5

Tres autem circa ipsam principalem resolutionem sunt dubitationes. Prima est, utrùm in Emphyteusim hæreditariam possit succedere legatarius, cui Emphyteuta eam legaverit? Cui dubitationi satisfecimus *disp. præc. sect. 7. §. 4.* ubi re pro utraque parte discussa, affirmativam sententiam probaliorem judicavimus: & præter Authores ibid. citatos hanc sententiam tenet Cardos. *in sua praxi judicum verbo, Emphyteusis, n. 21.* referens Abbatem idem tenentē *cons. 4. n. 4. p. 2.*

Secunda dubitatio est, utrùm ad succedendum in Emphyteusim hæreditariam satis sit, quod eam petens sit hæres primi acquirentis, mediantibus suis antecessoribus, licet non sit hæres ultimi possessoris? Affirmat communis Juristarum sententia, quam 6

relatis multis, sequuntur Julius Clarus *§. feudum, quæst. 9. n. 5.* Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 91. vers. ad prædicta.* Valascus *de jure emphyt. q. 44. n. 19.* & Cald. *de nominatione, q. 22. num. 39. & quæst. 24. n. 22.* Moventur, quia beneficio primi acquirentis admittuntur cæteri ad Emphyteusim, & ab illo potius eam accipiunt, quam ab ultimo possessore, qui nihil præstat: siquidem, solus primus acquirens eam fuit stipulatus pro se, & hæredibus, ac successoribus suis: unde ad succedendum in illam ex vi talis stipulationis, & concessionis dominicæ, sufficere videtur esse mediatum hæredem primi acquirentis, licet non sit hæres ultimi possessoris; juxta quam sententiam, si ultimus possessor hæredem relinquat aliquem transversalem, descendentem, & hæredem mediatum primi acquirentis, dicendum videtur, quod possit talis transversalis repudiare hæreditaté ultimi possessoris, & nihilominus emphyteusim capere, eo quod primi acquirentis sit hæres.

7 Contrariam nihilominus sententiam cum Curtio juniore, & alijs sequitur, & veram credit Mol. *disp. 472. in fine*: eaque mihi probatur, quia Emphyteusis hæreditaria non transit ad hæredes, nisi simul cum hereditate, & tamquam pars ipsius hereditatis, cum qua simul defertur, & ad successorem applicatur; hoc autem non stat, nisi quando in eam succedit, qui est hæres ultimi possessoris. Nam quando hæreditas primi acquirentis ad aliquem devenit per alios antecessores intermedios, & non per ultimum possessorem Emphyteusis, non venit ad eum talis Emphyteusis simul cum hæreditate, & tamquam pars ejus, ut patet. Et hinc corruit fundamentum prioris sententiæ: nam licet primus acquirens fuerit Emphyteusim stipulatus pro se, & hæredibus, ac successoribus suis, non tamen eam impetravit ea lege, ut ab ipso immediatè transiret in ejus heredes mediatos, sed tantùm mediatè per intermedios hæredes, qui eam possiderent, & simul cum hæreditate transmitterent; alioqui non esset talis Emphyteusis propriè hæreditaria, neque jure hæreditario in eam succederetur. Quod facilè declaro: nam jure hæreditario non succeditur, nisi aut ex testamento, aut ex lege ab intestato: qui autem solùm esset hæres primi acquirentis, non autem ultimi possessoris, neque succederet in ejus Emphyteusim ex testamento, cum non fuerit ei relicta immediatè, ut supponimus, neque mediantibus alijs hæredibus; siquidem relicta fuit ijs, per quos ad ultimum possessorem devenit, cujus ille non est hæres: neque etiam ab intestato; cùm hæreditas etiam ab intestato proveniens ad neminem pertingat, qui non sit immediatus hæres ultimi possessoris. Utrùm verò hæc nostra resolutio aliquam limitationem patiatur, ex statim dicendis constabit.

Tertia dubitatio est, utrùm in aliquo casu succedat in Emphyteusim hereditariam, qui neque ex testamento, neque ab intestato succedit in alia bona ultimi possessoris? Hec dubitatio locum habere potest in duplici eventu. Unus est, quando ultimus possessor nulla alia bona haberet, de quibus testari posset, preter ipsam Emphyteusim. Et in hoc eventu nulla est difficultas: planum est enim, quod tunc tam ex testamento, quam ab intestato potest quis esse heres illius ultimi possessoris, & ut sic proprio jure hereditario in eam Emphyteusim succedere, quamvis nulla alia bona consequuturus sit. 8

Alius eventus est, quando Emphyteusis est concessa, & instituta determinatè pro heredibus legitimis primi acquirentis, id est, pro ijs, qui juxta legum dispositionem successuri sunt in illius, vel ejus descendentium bonis, si alius non instituatur; ut quando Emphyteusis concederetur alicui sub hac forma; *Tibi, & hæredibus à te descenden-* 9

rendentibus; *ijs verò deficientibus*, *aliis hæredibus suis legitimis*, *seu de sua familia*, *& sanguine*. In quo eventu licèt exploratum sit, quod legitimus successor, si hæres instituatur, non potest hæreditatem repudiare, & Emphyteusim accipere, ut rectè advertit Pinelus *in l. 2. Cod. de bonis maternis*, *num.* 10, tamen, si instituatur alius, & ille ab hæreditate excludatur, non leve dubium est, utrùm nihilominus Emphyteusim possit accipere, eò quòd sit legitimus successor, & de vocatis ad Emphyteusim: neque per ipsum steterit, quominus institueretur, & hæreditatem caperet.

10 Tres itaque hac in re sunt Doctorum sententiæ. Prima affirmat admittendum esse ad ejusmodi Emphyteusim successorem legitimum, perinde ac si ultimus possessor decederet intestatus, vel nullum alium instituisset. Hanc judicat probabilem, & satis æquam Pinelus *dicto num.* 10. & pro ea refert Baldum, Afflictis, Jacobinum, & alios. Secunda tenet, admittendum potiùs esse ad talem Emphyteusim hæredem ex testamento, quamvis sit extraneus, qui intestato successurus non esset. Pro hac stat Decius *in l. unica*, *Cod. quando non petentium partes*, & Alciatus *in l. obvenire*, *ff. de verborum signific. & lib. de paradoxis*, *cap.* 7. prout eos refert Pinelus *sub dicto num.* 10. qui dicit, hanc opinionem videri regulariter probabiliorem, ut nimirum in Emphyteusi dicto modo concessa, legitimi hæredes intelligantur ex testamento, sive aliàs successuri essent intestato, sive non: tum quod affectio ad hos, vel illos successores ex persona accipientis Emphyteusim, non verò concedentis, tunc inspiciatur; tum etiam, quia cùm in tali euentu non agatur de conservanda familia; satis esse videtur de ijs hæredibus intelligere, quos primus acquirens, vel successor sibi hæredes elegerit.

11 Tertia sententia est, neque hæredem institutum, neque legitimum admittendum; sed vacare Emphyteusim. Ita apud Pinelum sentit Cagnolus *in dicta l. unica*, *colum.* 3. Et hæc sententia mihi videtur longè verior, regulariter loquendo: quia ad succedendum in dictam Emphyteusim duo copulativè postulantur in ejus concessione; & quod successor sit legitimus, id est, proximior consanguineus, qui juxta legem successurus esset intestato, & quod re ipsa sit hæres: quæ duæ conditiones in neutro illorum reperiuntur; siquidem institutus non est hæres legitimus; & legitimus non est re ipsa hæres, cùm alius institutus sit, & hæreditatem adierit, ut supponimus.

Dixi autem (regulariter) quia si dominus concedens dicto modo Emphyteusim speciali affectione intendit consulere familiæ accipientis, tunc admittendi sunt ad eam Emphyteusim hæredes legitimi, id est, proximiores in gradu, quibus hæreditas ab intestato defertur, non verò hæres ex testamento, ut præter Authores primæ sententiæ tradit Alciatus, & Pinelus *supra*. Consonat decisio Senatus Lusitani apud Gamam *decis.* 50. *num.* 2. & 3. & in simili loquendo de maioratu, & feudo instituto pro filijs, & descendentibus hæredibus, Molina Jurista, *in additionibus*, *quæ habentur in fine operis de primogenijs*, *num.* 6. & 7. ubi alios refert. Ratio est, quia alioqui posset ultimus possessor fraudare voluntatem concedentis instituendo extraneum, vel remotiorem, quòd admittendum non est. Confirmatur ex traditis per Caldas *de nomin. quæst.* 22. *n.* 45. & alios quos ibidem refert, asserentes, quando in aliqua dispositione fit mentio hæredis, & sequitur aliquod absurdum, ex eo quòd intelligatur de hærede bonorum; intelligi debere hæredem sanguinis, seu legitimum, licèt hæres bonorum non sit: idque probat apertè *l. ex facto*, *§. finali ff. ad Trebellia-* 12

bellianum. Unde idem Caldas *quæst.* 23. *n.* 12. ex eo quod feudum non possit ex sua natura transire ad extraneos, infert cum Baldo, & alijs, si in ejus concessione ponatur nomen, *hæredis*, intelligi debere de hærede sanguinis, non bonorum. Quæ planè nostram resolutionem confirmat.

13 Et idem credit Pinelus *supra*, tenendum esse, quando possessor talis Emphyteusis testamento de illa disponeret in fovorem familiæ, ut semper in illa conservaretur. Quod ego intelligo, quando id fieret ex consensu domini, vel fortè, quando Emphyteusis esset purè hæreditaria, & possessor illam relinqueret suis hæredibus, cum onere, ut nunquam eam possent alienare, nec per ultimam voluntatem relinquere, nisi proximiori consanguineo, ut semper in ejus familia conservetur; nam, ut multi sentiunt, Emphyteusis hæreditaria relinqui potest cum onere fideicommissi, etiam particularis. Quando autem Emphyteusis concedatur, aut relinquatur ex affectione ad solos hæredes legitimos, seu in gratiam familiæ conservandæ, ex verbis investituræ, aut testamenti, colligendum est, ut quandò diceretur; succedat semper hæres legitimus; vel nunquam è familia talis Emphyteusis egrediatur; vel succedatur in illa, ut de jure succeditur in maioratibus, vel quid simile; quod prudentis judicis arbitrio relinquitur. Vide in simili de maioratu Molinam Jurisftam *loco proxime citato*.

SECTIO SECUNDA.

Quousque Emphyteusis hæreditaria subeat conditiones, & onera, cum quibus in bona patrimonialia, & libera succeditur. Et quantum in hoc differat ab Emphyteusi de pro videntia?

Doctores frequenter comparant Emphyteusim hæreditariã cum alijs bonis patrimonialibus, & liberis, quoad cõditiones, & onera hæreditaria, cum quibus ad hæredes transire possunt, & hinc plurima satis utilia pro quotidiana praxi deducunt consectaria. Quamobrem explicare in præsenti oportet, quousque ejusmodi Emphyteusis, non autem Emphyteusis de providentia, cum illis bonis conveniat quo ad eas conditiones. Id autem, ut aptè, & utiliter fiat, celebres hac de re quæstiones exponendæ sunt.

Vtrùm filius justè exhæredatus à patre succedat in ejus Emphyteusim?

§. I.

SVMMARIVM.

Filius justè à patre exhæredatus non succedit in Emphyteusim hæreditariam patris: secus in Emphyteusim ex pacto & providentia, n. 14. & 15.

Speciale est, ut filius non succedat patri in feudo de providentia, si paternam hæreditatem repudiet, n. 15.

Licet filius mala mente exhæredatus non succedit in jus patronatus libertorum, quod hæreditarium non est, inde non sequitur, quod similiter excludatur ab Emphyteusi non hæreditaria patris, n. 16.

Filius à patre exhæredatus non excluditur ab Emphyteusi avita ex pacto & provi-

providentia, etiam retenta opinione, quae tenet eum excludi à paterna. n. 17.

Nepos ab avo exhaeredatus excluditur à feudo patris, si feudum erat avitum. ibi.

14 PRima quaestio est, utrùm filius justè exhaeredatus à patre succedat in ejus Emphyteusim? Respondetur, non succedere, si Emphyteusis sit haereditaria: secus si sit ex pacto & providentia. Ita Valasc. *de jure emphyt. q.* 45. & Mol. *disp.* 477. *n.* 4. Prior pars apud omnes videtur indubitata; & patet, quia, ut filius succedat in Emphyteusim haereditariam parentis, opus est ut sit haeres ipsius parentis, ut constat ex superiori sectione justè autem exhaeredatus haeres non est. Alia pars difficultate non caret, eo quod Barth. communiter receptus *in l. jurisjurandi, §. si liberi colum. ult. ff. de oper. libert.* Emphyteusim comparat cum jure patronatus libertorum, à quo filius mala mente exhaeredatus excluditur per textum *in l. si patronus testamento, & in l. si ex patronis, ff. de bonis libertorum*: constat autem jus illud non esse haereditarium: quare satis videtur innuere Bartholus, & sequaces, justam exhaereditationem nocere filio, etiam in Emphyteusi non haereditaria. Et ita nonulli apud Valascum *dicta quaest.* 45. absolutè affirmant, filium à patre exhaeredatum excludi etiam à feudo, & Emphyteusi avita, licet haereditaria non sit, si avus patri praemoriatur, argumento textus *in dicta l. si ex patronis, vers. quod si*, ubi nepos à patre mala mente exhaeredatus excluditur à jure patronatus libertorum avitorum, si avus patri praedecesserit.

15 His tamen non obstantibus, nostra resolutio probatur, quia ut aliquis succedat in Emphyteusim de providentia, non requiritur, ut sit haeres: unde nihil ei obstat esse exhaeredatum. Et cõfirmatur, quia exheredatio solum privat haereditate, seu rebus ad haereditatem spectantibus: Emphyteusis autem de providentia ad haereditatem non spectat. Nec in oppositum facit quod juxta receptiorem sententiam; quam, relatis multis, sequitur Valasc. *de jure emphyt. q.* 44. *n.* 4. filius non succedit patri in feudo de providentia, nisi sit haeres patris, ut est textus *in c.* 1. *an agnatus, vel filius.* Nam hoc est speciale in feudo: neque procedit, quãdocunque filius non est haeres patris, sed tantùm quando paternam haereditatem repudiat, ut bene advertit idem Valascus, addens, hoc fuisse consuetudine feudorum inductum ob reverentiam paternam.

Ad id verò, quod ex Bartholo in contrarium adduximus, respondet idem Valascus *d. q.* 45. non valere argumentum à jure patronatus libertorũ ad Emphyteusim non haereditariam; quia licet illud jus haereditarium non sit, tamen circa illud habet pater maiorem potestatem, quam circa ejusmodi Emphyteusim; siquidem uni tantum filio potest pater libertum assignare, *l. assignare, ff. de assignandis libertis*: Emphyteusim autem acceptam pro se, & filijs, uni tantum filio praelegare non potest, praesertim absque consensu domini, ut sequenti sectione constabit. 16

Unde etiam admittendum non est quod ex alijs attullimus de feudo, & Emphyteusi avita: imò verò retenta etiam opinione existimantium, justam exhaeredationem filio nocere in feudo, vel Emphyteusi de providentia, docent bene Valasc. & Mol. *sup.* eam exhaereditationem non tollere, quominus filius possit succedere in feudo, vel Emphyteusi avita, non solum quando pater exhaeredans avo praemoritur, in quo casu res est citra dubium; sed etiam licet avus patri praedecedat, quod probant tum *ex l. filiusfamilias, §. cum pater, vers. sed si cum duos, ff. de legatis,* 1. ubi nepotes exhaeredati admittũtur ad bona quae avus primũ reliquerat filio, deinde familiae: tũ maxime *ex cap.* 1. *in princip. de successione feudi*, ubi habetur exhaere- 17

hæredationem ab ultimo possessore factam non impedire, quominus exhæredatus succedat in feudum, si in investitura ad ejus successionem vocatus est: eam enim vim habent verba textus, ibi, *Nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.* Nec obstat textus *in dicta l. si ex patronis*; nam præter quod non valet argumentum à jure patronatus libertorum ad feuda, & emphyteuses, ut jam diximus; ratio, ob quam exhæredatus à patre non consequitur jus patronatus libertorum avitorum, assignatur ibi à Juliano, *quia*, inquit, *nepos per patrem avitos libertos consequitur.* Quod non ita evenit in feudo, & Emphyteusi auita, quam utique nepos obtinet immediatè ab avo independenter à patre: unde nepos à patre exhæredatus, à feudo patris nôn excluditur, si erat feudum avitum, ut admittunt ijdem Doctores, contra quos disputamus.

Vtrùm Emphyteusis veniat in restitutione fideicommissi universalis?

§. II.

SUMMARIUM.

Emphyteusis simpliciter hæreditaria, venit in restitutione fideicommissi universalis, non ita verò Emphyteusis ex pacto & providentia. n. 18.

Quid, si sit hæreditaria mistè? n. 19.

Si habens Emphyteusim non transitoriam ad extraneos, hæredem suum gravet, ut eam restituat alicui vocato in investitura, vel etiam alicui extraneo, valet tale fideicommissum, & quomodò præstandum sit? eodem n. 19.

Quando hæres restituens bona fideicommissi, quartam Trebellianicam, aut falcidiam retinet, non computat, nec deducit illam ex Emphyteusi non hæreditaria, in qua defuncto successit, sed tantùm ex bonis hæreditarijs. n. 20.

Secunda quæstio est, utrùm Emphyteusis veniat in restitutione fideicommissi universalis? Respondetur, si Emphyteusis sit simpliciter hæreditaria, venire in restitutione talis fideicommissi: secus autem, si tantùm sit ex pacto & providentia. Conveniunt in hoc Doctores, quos citant, & sequuntur Valascus *de jure emphyt. q.* 48. Caldas *de nominat. q.* 24. *n.* 26. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 6. *num.* 29. Mantica *de conject. ult. vol. lib.* 7. *tit.* 9. *n.* 5. *&* 6. Menoch. *de præsumpt. lib.* 4. *præsump.* 197. *n.* 13. Fusar. *de substit. q.* 630. *n.* 4. *& seqq.* Trentacinq. *de subst. p.* 4. *c.* 8. *n.* 26. Mol. *disp.* 479. *num.* 1. Quamvis repugnet ex parte Gabriel Pereira *decis.* 26. *n.* 5. ubi absolutè docet, neque Emphyteusim de providentia, neque hæreditariam comprehendi in fideicommisso. Ratio traditæ communis resolutionis est, quia quando Emphyteusis est simpliciter hæreditaria, non differt quoad transmissionem à bonis liberis, & allodialibus: & ideo quemadmodum hæres gravatus fideicommisso universali, restituere debet alia bona libera defuncti, sic etiam tenetur restituere ejusmodi Emphyteusim, quæ tamquam pars hæreditatis in illo fideicommisso continetur. 18

Quando autem Emphyteusis solum est ex pacto & providentia, non devenit ad hæredem, ut hæredem; neque est pars hæreditatis, & ideo cùm hæres gravatur hæreditatem restituere, non venit talis Emphyteusis in eo fideicõmisso. Hoc tamen aliqui limitant, ut non procedat, quando fideicommissarius fuerit de comprehensis in investitura. Sic Bald. *in l. cum virum, n.* 23. *Cod. de fideicommiss.* & alijs, quos citant, & sequi videntur Valasc. *d. q.* 48. *n.* 3. Manti. *d. tit.* 9. *n.* 5. & Fusar. *d. q.* 630. *n.* 11. At non placet hæc limitatio, nam resolutio tradita non fundatur

tur præcise in eo quod fideicommissarius sit incapax, ut Emphyteusis in eum transeat juxta investituram, sed quod hæres gravatus non capiat illam, ut hæres, neque illa sit hæreditaria, quæ ratio stat, sive fideicommissarius sit capax, sive incapax. Et ita hanc limitationem rejicit in specie Trentac. *loco sup. citato*.

19 Si verò Emphyteusis sit hæreditaria mistè, ut accepta pro se, & hæredibus ab eo descendentibus, tunc aut fideicommissarius est extraneus, seu non comprehensus in investitura; & in hoc casu conveniunt Doctores eam Emphyteusim non venire in restitutione fideicommissi universalis, cùm non sit transitoria ad extraneos. Et ita in specie, relatis alijs, docent Valascus *d. q.* 48. *n.* 4. Molina *d. disp.* 479. *n.* 1. & Peregrin, *de fideicom. art.* 6. *n.* 29. *juncto num.* 18. *vers. aut verò non est*, ubi hoc ipsum tradit in feudo, cui Emphyteusim æquiparat. Aut est de comprehensis in investitura; & in tali casu pendet resolutio ab ea quæstione; utrùm Emphyteusis accepta pro se, & filijs hæredibus (& sic hæreditaria mistè) deferatur filijs ut hæredibus, & ex patris dispositione, tamquam jus patrimoniale, vel solum eis deferatur, ut filijs ex stipulatione paterna, qua pro illis impetrata est? Si enim teneamus hoc secundum, ut tenet satis apertè Barth. *in l. ut juris jurandi*, §. *si liberi*, *n.* 6. *ff. de oper. libert.* fatendum erit non comprehendi talem Emphyteusim in fideicommisso universali, etiam si fideicōmissarius sit de comprehensis in investitura, quia in fideicommisso universali non veniunt quæ gravatus capit alio titulo, quam ut est hæres testatoris, ut dictum est, & tradunt communiter Doctores, Mantic. *d. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 1. Menoch. *d. lib.* 4. *præsump.* 196. *n.* 1. *& seqq.* Fusar. *de subst. q.* 647. Peregrin. *d. art.* 6. *n.* 1. & alij per *l. sequens quæstio*, *ff. de leg.* 2. Si autem teneamus primum, ut impugnando Bartholum tenet, & latè declarat Baldus *in l. liberti*, *n.* 32. *& seq. Cod. de oper. libert.* & tradēmus infra §. 5. *n.* 41. *&* §. 6. *n.* 44. dicendum erit (& hæc est nostra sententia) illam Emphyteusim venire in restitutione talis fideicommissi; quia cùm deferatur filio ut hæredi; & tamquam jus patrimoniale, est propriè hæreditaria, sicut alia bona patrimonialia, quæ in hæreditate patris continentur; & sic non est cur non debeat censeri comprehensa in fideicommisso, quo filius hæres gravatur restituere hæreditatem paternam alteri cōprehenso in investitura, ad quem non minus talis Emphyteusis transire potest, quam reliqua bona patrimonialia in illo fideicommisso comprehensa.

Quod si dicas, filium gravatum habere jus quæsitum ad illam Emphyteusim, vel partem illius, ex ipsa domini concessione, qua pro filijs recipientis concessa est: quæ autem debentur alio titulo, quam hæreditario non venire in fideicommisso universali, ut est communis Doctorum, *per d. l. sequens quæstio*. Respondetur negando assumptum: nam cùm dominus illam Emphyteusim concesserit pro filijs, ut hæredibus, non habent jus ad illam, nisi ex dispositione, qua pater eos instituerit hæredes: unde non capiunt illam à domino, sed à patre; atque adeo solo jure hæreditario, quemadmodum cætera bona patrimonialia, in quibus à patre instituti sunt. Vnde planè concluditur, non minus talem Emphyteusim comprehendi, in illo fideicommisso, quam alia bona patrimonialia, quæ jure hæreditario ad filium gravatum pervenere. Atque ita hanc resolutionem in specie amplectitur Molina *d. disp.* 479. *n.* 1. ad mentem aliorum Doctorum, quos ibi refert. Et quidem illam à fortiori admittent, qui etiam Emphyteusim nullo modo hæreditariam credunt venire in fideicōmisso relicto alicui vocato in investitura: quorum tamen sententiam in his terminis rejicimus.

Illud tamen omnino addendum, si pater filium hæredem specialiter gravet, ut Emphyteusim pro liberis acceptam, restituat alicui vocato in investitura, & talis filius hæreditatem adeat, debere Emphyteusim ei restituere, etiam si non sit hæreditaria, ut optimè advertit Trentacinq. *de subst. p.* 4. *c.* 8. *n.* 26. estque de mente omnium. Imo licet fideicommissarius sit extraneus, & minime comprehensus in investitura, adhuc filius specialiter gravatus de tali Emphyteusi ei restituenda sibi præjudicat paternam hæreditatem adeundo, ut bene Valascus *d. q.* 48. *n.* 5. *fine*. Trentac. *d. c.* 8. *n.* 25. Peregrin. *d. art.* 6. *n.* 29. Caldas *de nominat. q.* 24. *n.* 26. & alij, quos referunt. Nam etiam res aliena, & inalienabilis legari potest, obligaturque hæres solvere legatario illius æstimationem, si eam in specie præstare non possit. §. *non solum Inst. de legat.* Addit tamen, & merito Peregrin. hoc procedere, si gravatus paternam hæreditatem adivit absque beneficio inventarij, aut cum eo beneficio, & tantundem ad eum pervenit.

20 Ad hæc, quando hæres restituens bona fideicommissi quartam Trebellianicam, aut Falcidiam retinet, non computat, nec deducit illam ex Emphyteusi non hæreditaria, in qua defuncto successit, sed tantùm ex bonis, quæ ad eum ut hæredem devenerunt, ut cum communi tradunt Valascus *de jure emphyt. q.* 46. *n.* 1. Cald. *de nomin. q.* 18. *n.* 11. & Mol. *disp.* 479. *num.* 2. ex regula *l. pater filium, in principio, ff. ad leg. falcidiam.* Quia ejusmodi quarta solùm deducitur ex ijs, quæ ad hæredem ut hæredem deveniunt: sola autem Emphyteusis hæreditaria hoc modo devenit; non autem quæ tantum est ex pacto & providentia. Et hęc omnia pari modo procedunt in feudo, ut citati Doctores notant.

Vtrùm Emphyteusis, aut feudum, imputetur in legitimam liberis debitam?

§. III.

SUMMARIUM.

Emphyteusis hæreditaria imputatur in legitimam filiorum, & ad collationem adducenda est, sive sit simpliciter hæreditaria, sive mistè. n. 21.

Si Emphyteusis sit tantum de providentia; una sententia tenet, eam imputari, secundùm jus commune. n. 22.

Sententia opposita est communior, & tenenda. n. 23.

Solvuntur fundamenta prioris sententiæ. n. 24.

Emphyteusis de providentia non provenit filijs à patre, sed à primo domino, qui eam concessit. eodem n. 23.

Improbatur sententia Molinæ existimantis, Emphyteusim liberæ nominationis esse hæreditariam, & sic imputari in legitimam filiorum. n. 24.

Non quæcumque conceduntur filijs per stipulationem patris, & in ejus gratiam, sunt profectitia, & imputabilia; sed ea tantum, quæ in vita patris in ejus gratiam traduntur filio possidenda, & fruenda. ibidem.

Sententiam, quæ tenet Emphyteusim de providentia non imputari in legitimam filiorum, limitant aliqui, ut non procedat in ea, quam pater talium filiorum primo acquisivit. n. 25.

Hæc autem limitatio merito ab alijs rejicitur. Et cur talis Emphyteusis non censeatur profectitia? ibidem.

Secundùm jus Lusitanum citra controversiam est, Emphyteusim de providentia, quam quis accipit pro se, & uxore sua, atque uno filio utriusque non imputari in legitimam filij, nec venire ad collationem, nisi tantum in aliquibus casibus. n. 26.

Quando

Quando pater Emphyteusim accepit pro se, & filijs suis, debet dividi inter omnes filios pro partibus æqualibus, saltem per æstimationem, re vera tamen non imputatur, nec est imputabilis in legitimam filiorum: unde potest filius repudiare hæreditatem paternam, & nihilominus retinere ipsam Emphyteusim, nec ex illa obligatur solvere debita paterna. n. 27.

Quando parens accepit Emphyteusim pro se, & filijs, potest secundùm jus Lusitanum, eam dare uni ex filijs quem elegerit, secus de jure cummuni. sub dicto num. 27.

Tradita resolutio, quod Emphyteusis de providentia non imputatur, limitatur primo, nisi pater in vita sua Emphyteusim transtulisset in filium, non reservando ejus fructus, tunc enim imputatur juxta valorem, quem habebat tempore traditionis. n. 28.

An debeat imputari juxta pretium, quo simpliciter vendi poterat, vel solùm, quo vendi poterat, habito tantum respectu ad ejus durationem, & utilitatem pro tempore vitæ patris? n. 29.

Quando Emphyteusis de providentia, quam ultima persona in vita sua transtulit in filium, confertur, & imputatur juxta pretium, quod habebat tempore traditionis, æstimatur secundùm jus Lusitanum absque respectu ad jus renovationis competens filio, in quem fuit translata. eodem num. 29.

Limitatio posita num. 28. ampliatur, ut similiter teneatur filius imputare Emphyteusim, quam pater in vita sua renunciavit in manibus domini, ut eam ipsi filio renovaret, ac de novo concederet. n. 30.

Si pater in vita sua renunciavit panes civiles, vulgo, juros, & tenças, quos ex regia liberalitate habebat, ut in aliquem ejus filium à Rege transferrentur, non tenetur talis filius eos imputare in legitimam secundùm jus Lusitanum, & cur? eodem num. 30.

Limitatur secundo eadem resolutio, quod Emphyteusis de providentia non imputatur, ut procedat, nisi pater eam Emphyteusim emisset. n. 31.

Iure autem Lusitano conceditur filio optio, ut vel imputet pretium, quo fuit empta, vel quo æstimari poterat tempore, quo ad ipsum pervenit. ibidem.

Ampliatur dicta secunda limitatio, ut procedat, sive pater titulo emptionis, sive permutationis, sive dationis in solutum, sive in satisfactionem servitiorum rigorose debitam, sive alio titulo oneroso, Emphyteusim acquisierit. n. 32.

An filius teneatur imputare Emphyteusim, quam accepit virtute renovationis impetratæ per patrem, qui ipsam Emphyteusim emit, cùm esset in ultima vita? Affirmativa resolutio magis probatur. num. 33.

Si pater emptor Emphyteusis in ultima vita moriatur, vivente adhuc venditore, & filius in eam succedat pro reliquo tempore ejusdem ultimæ vitæ, debet filius imputare pretium, quo per patrem fuit empta. Et idem dicendum, licet talis filius Emphyteusim renunciet in manus domini, ut jure renovationis eam de novo accipiat. eodem n. 33.

Quæ dicta sunt circa imputandam Emphyteusim emptam per patrem, procedunt quando filius fuit nominatus ad Emphyteusim inter vivos. Quid autem dicendum sit, quando fuit relicta filio per ultimam voluntatem? n. 34.

Limitatur tertio eadem principalis resolutio, ut non procedat quoad meliorationes quas pater fecit in re emphyteutica: eas enim tenetur filius nominatus imputare. n. 35.

Iure autem Lusitano conceditur optio illi filio, ut eas imputet, vel prout Emphyteusis plus valuerit, ratione illarum, quando illi obvenerit; vel pro ut in eis faciendis impensum est. Et de quibus melioramentis hæc limitatio procedat? ibidem.

Postquam Emphyteusis de providentia semel fuit imputata in legitimam filij, sive quoad pretium, quo fuit empta, sive quoad meliorationes, quas pater in ea fecit, non est amplius imputanda in legitimam

patris acquirunt. non imputantur, nec sunt conferenda, *l. ea demum, Cod. de collationibus.*

24 Ad primum fundamentum contrariæ sententiæ respondetur, textum in *dicto §. imputari*, solùm procedere de militia, & similibus, quæ possunt vendi, & transferri tamquam bona propria patris, in quibus ille potest hæredem instituere: non autem de ijs, quæ quāvis possint aliquo modo vendi, non tamen ita sunt propria patris, ut ab illo proveniant ad hæredes, qua hæredes; ad quod secundum genus spectat feudum, & Emphyteusis de providentia, ut ex dictis patet. Aliter respondet Molina *d. n. 3.* textum in *d. §. imputari*, procedere quidem universaliter de rebus, quæ vendi possunt, easque imputari debere: at verò Emphyteusim, & feudum de providentia vendi non posse, etiam de consensu domini. Quod si instes, saltem Emphyteusim liberæ nominationis posse vendi ex domini consensu. Respondet, hujusmodi Emphyteusim esse hæreditariam, cum ad quemcumque, perinde ac bona libera, devenire possit; ac proinde si aliquis filius ad eam nominetur, debere illi imputari in legitimam. Quæ responsio est singularis, nec videtur satis probabilis; quamvis, quod Emphyteusis liberæ nominationis sit hæreditaria, teneat etiam Brittus *in cap. potuit, §. 3. n. 5. fine, de locato*, sed id non placet, quia est contra receptas regulas, ex quibus dignoscitur, quæ Emphyteusis sit hæreditaria, vel de providentia: quas regulas tradidimus *disp. 1. sect. 3. §. 1.* Ad secundum respondetur, non quæcumque cōceduntur filijs per stipulationem patris, & in favorem illius, censeri profectitia, & imputabilia, sed ea tantùm, quæ filio in vita patris in gratiam ipsius patris traduntur possidenda, & fruenda: Emphyteusis autē, de qua hîc agimus, non est hoc modo concessa filio, sed ordine successivo cōceditur primò fruenda patri, & deinde post ejus mortem filio. Ad tertium respondetur, propterea imputari, quod pater donavit filiæ, ut apud eam maneret præcipuum, quia est profectum à patrimonio ipsius patris: feudum autem, & Emphyteusis de providentia non provenit à patrimonio patris, sed est concessa, & profecta immediatè à domino.

Prædictam sententiam magis communem intelligunt aliqui ex ejus Authoribus, ut solum procedat de feudo aut Emphyteusi antiqua, quam scilicet non ipse pater, sed aliquis ejus prædecessor prius acquisierat. Si enim sit nova, id est, acquisita primo per ipsum patrem, credunt, imputandam esse in legitimam filijs debitam. Ita cum alijs Valascus *d. q. 46.* & Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. feudum, q. 46.* Moventur, quia ejusmodi Emphyteusis videtur concessa filio contemplatione patris, cum quo dominus contraxit, non cum filio, quem fortè non noverat, nec forsan erat natus; ad quem proinde non præsumitur fuisse affectus, juxta notata in *l. qui filiabus, ff. de legat. 1.* Bona autem concessa filio contemplatione patris sunt profectitia, & imputantur, argumento *dictæ legis, sed & si plures, §. in arrogato, ff. de vulgari.* At etiam Emphyteusim novam à patre acceptatam non imputari, si tantùm est de providentia, merito sustinent Mol. *d. disp. 479. n. 3. post medium*, & Joannes de Carvalho *d. p. 4. c. 1. n. 19.* idemque sui parum memor docet Valasc. *de partit. c. 13. n. 98.* Quia licet hujusmodi Emphyteusis sit filio acquisita per patrem pro eo stipulantem, attamen ita fuit concessa, ut solùm spectaret ad patrem, dum viveret; per mortem autem ejus transiret ad filum ex immediata concessione dominica, tamquam bonum immediatè profectum ab ipso domino, & non à patre. Vnde post mortem patris acquiritur filio tamquam bonum adventitium, quod non imputatur, & non tamquam à patre profectum 25

ctum, vel in ejus hæreditate relictum, ut etiam idem Valascus advertit *q. 1. de jure emphyt. n. ult.* cum Bartholo, & alijs.

26 Tota hæc controversia circa imputationem Emphyteusis de providentia procedit; & habet locum spectato jure communi, cessat autem spectato jure Lusitano. Nam *lib. 4. tit. 94. §. 22.* expresse deciditur: *ut quando pater, vel mater habuerit Emphyteusim acceptam pro aliquibus personis, vel pro se, & filijs suis, vel pro ipso, & ejus uxore, & uno filio, qui ex eis nascetur, vel quem ultimus eorum in vita sua nominaverit*, tunc si talis emphyteuta non transtulerit in vita sua Emphyteusim in filium, sed tantùm eum nominaverit, ut sequentem personam ad eam Emphyteusim, ut post ejus mortem illam consequatur, non teneatur talis filius eam conferre, nec in legitimam imputare. Quæ dispositio procedit generaliter, sive Emphyteusis sit antiqua, sive nova, ut etiam Valascus agnovit *d. q. 46. in fine.* Itaque juxta hanc Ordinationem statuendum citra controversiam est, non esse imputandam Emphyteusim de providencia, præterquam in aliquibus casibus, quos ipsa Ordinatio excipit, & de jure etiam communi excipiendi sunt, de quibus statim.

27 Prius tamen adverto, quando pater Emphyteusim accepit, *pro se, & filijs suis*, dividi debere inter omnes filios, saltem per æstimationem, pro partibus æqualibus, ut in specie advertit Caldas *de nomin. q. 18. n. 20.* & generaliter de quavis Emphyteosi non hæreditaria pro filis concessa, Valascus *de jure emphyt. q. 43. n. 6.* per textum, & Bartholum *in l. ut jurisjurandi, §. si liberi; ff. de operis libertorum.* Quo fit, ut talis Emphyteusis conferenda sit, & quódammodo imputanda, quatenus in ejus partitione servanda est æqualitas, quemadmodum in legitimis. At re vera non imputatur, nec est imputabilis in legitimã, neque ad illam spectat, cùm non obveniat à patre, sed à domino immediatè. Estque hæc consideratio maximè utilis in praxi, ut possint filij repudiare hæreditatem paternam, & nihilominus retinere ipsam Emphyteusim, nec ex illa teneantur solvere debita paterna: quod aliter dicendum esset, si ad eorum legitimam spectaret, cum hæc solvendis debitis parentum sit obnoxia, & ratione eorum minuatur.

Adverto præterea, licet attento jure communi, quando pater accepit Emphyteusim pro se, & filijs suis, non possit ad eam eligere unum ex filijs, quem maluerit, ut cum Bartholo *in d. §. si liberi, n. 6.* Bald. Speculat. & alijs tradit Brittus *in cap. potuit. §. 3. n. 12. de locato*, attamen attento jure Lusit. secus dicendum esse, ut advertit idem Brittus *per d. §. 22.* ibi, *se o pay, ou mãy tiver algum prazo, que lhe seja feito por elle, & para seus filhos, & em sua vida o der a cada hum de seus filhos, &c.* ubi manifestè supponitur posse dari talem Emphyteusim uni filiorum, quem pater elegerit. Et ita etiam docet Caldas *de extinct. emphyt. c. 19. n. 40.*

Jam vero traditam resolutionem principalem limitabis primo, nisi pater in vita sua Emphyteusim transtulisset in filium. In hoc enim casu disponit Ordinatio Lusitana *d. § 22.* ut filius teneatur eam adducere ad collationem, si vellit admitti ad hæreditatem cum suis fratribus, vel ut ejus æstimatio illi imputetur in suam legitimam, juxta valorem, quem talis Emphyteusis habebat tempore traditionis. Et ita hanc limitationem, ut indubitatam admitunt Valascus *de partitionibus, cap. 13. n. 126.* Caldas *de nominat. q. 18. n. 1. & 2.* Mol. *disp. 479. n. 5.* Benedictus Ægydius *in l. ex hoc jure, tomo 1. cap. ultimo, num. 67.* & Joannes de Carvalho *dicta p. 4. cap. 1. num. 185.* Estque vera etiam secundum jus commune, ex sententia Bartholi *in l. 1. §. nec castrense, à n. 4. ff. de collation.* 28

&

& communi, ut per Jasonem *in l. penultima, num. 4. Cod. eodem tit.* Ratio est, quia pater transferendo in vita sua Emphyteusim in filium, minuit suum patrimonium, in quo tantò minus reperietur dividendum inter alios filios, quanto talis Emphyteusis æstimatur; & ideo, ne alii filij de inæqualitate, & injustitia conquerantur, imputari debet æstimatio illius Emphyteusis in legitimam filij, in quem pater eam transtulit. Hoc tamen intellige, si modo cum fructibus eam transtulit; nam si fructus reservavit, patrimonium non minuit; & ita cessat tota ratio imputationis, ut bene citati Doctores advertunt.

29 Ubi etiam nota, quando Ordinatio Lusitana, *in dicto §. 22.* jubet, ut æstimatio dictæ Emphyteusis imputetur in legitimam filij procedere in casu, quo pater, à quo fuit translata, erat prima, aut secunda vita; tunc enim jubetur imputari juxta pretium, quo æstimaretur, & vendi posset, ut duratura apud emptorem, & ejus successores, quousque finiretur tempus, pro quo à domino fuit concessa. Quando autem pater erat ultima vita, solum jubetur imputari juxta prætium, quo æstimaretur pro reliquo tempore vitæ ipsius patris absque respectu ad jus renovationis competens filio, in quem fuit translata. Ita Valasc. *d. cap. 13. à n. 128.* & Carvalho *sup. n. 192. & 193.* qui bene id probant ex ipsa Ordinatione *d. §. 22.* Stando autem in solo jure communi, credit Mol. *disp. 479.* sive pater esset ultima vita, sive prima, aut secunda, solùm teneri filium imputare pretium, quo Emphyteusis pro reliquo tempore vitæ patris æstimari poterat.

30 Ampliatur dicta prima limitatio, ut similiter teneatur filius imputare Emphyteusim, quam pater in vita sua renunciavit in manibus domini directi, ut eam ipsi filio renovaret, seu de integro concederet. Ita Caldas *de nominatione, quæst. 18. n. 7. & 51.* alijsque in locis; & Carvalho *d. c. 1. n. 187.* Ratio est, quia licet in eo casu filius Emphyteusim accipiat immediatè à domino, tamen cùm dominus teneatur eam filio renovare, est profecta à patre, & habetur tamquam bonum profectitiũ ab ipso patre donatum; atque adeo imputandũ est, ne alij filij per indirectum fraudentur ea parte legitimæ, quæ illis accresceret, si pater Emphyteusim non renunciasset. Nec obstat Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 97. §. 12.* ubi decernitur, quod si pater in vita sua renunciavit panes civiles, vulgo, *juros & tenças*, quos à Rege habebat, ut in aliquẽ ejus filium à Rege transferrentur, non teneatur talis filius eos imputare; Quia talis concessio, seu translatio, censetur donatio imperialis, & à principis liberalitate procedere; ac proinde libera à collatione, & imputatione; *per l. cùm multa, Cod. de bonis, quæ liberis*, & Ordinat. Lusitanam *d. tit. 97. §. 3.* Quod tamen intellige, si modo tales reditus habiti sunt à principio ex liberalitate regia, ut bene advertunt Gama *decis. 29. numero 5.* Valascus *de partitionibus, cap. 13. num. 179.* & Carvalho *sup. n. 183.* alioqui enim imputandi erunt. In Emphyteusi autem est diversa ratio, etiam si fuerit à Rege concessa; quia concessio Emphyteusis magis ex contractu ultro, citroque obligatorio, quam ex liberalitate procedit: unde eadem Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 36. §. penult.* statuit Emphyteusim à Rege concessam regulandam esse per regulas ordinarias Emphyteusium privatarum.

Secundo limitatur eadem resolutio principalis, nisi pater dictam Emphyteusim emisset: nam tunc imputatur filio ejus pretium. Sic habetur *lib. 4. Ordinationis Lusitanæ, tit. 97. §. 22.* & tradunt bene Valascus *de jure emphyteutico, quæst. 38. numer. 27. & de partitionibus, cap. 13. n. 102.* Cald. *de nominatione, q. 18. n. 26.* Carvalho *d. p. 4. cap. 1. n. 186.* & Mol. *disp. 479.* 31

num. 4. ubi advertit, idem dicendum esse secundum jus commune, juxta quod hanc resolutionem tradunt Bartholus, Paulus Castrensis, Alexander, Afflictis, & plures alij apud Carvalho *supra*. Ratio est, quia talis Emphyteusis pecunia patris comparata, censetur profectitia, & ut talis venit imputanda, *l. omnimodo*, §. *imputari*, *Cod. de inofficioso testamento*; & praeterea quia pater tantum minuit de patrimonio, quantum pretij pro illa dedit, quod inter fratres erat dividendum; & ideo ne alij filij de inaequalitate cõquerantur, merito filius ad eam nominatus pretium imputare debet. Conceditur autem illi optio *in dicto* §. 22. ut, vel imputet pretium, quo Emphyteusis fuit empta, vel quo aestimari poterat tempore, quo ipsi fuit delata, pro ut maluerit, aut sibi utilius esse judicaverit.

32 Haec etiam limitatio amplianda est, ut procedat, sive pater titulo emptionis, sive permutationis, sive dationis in solutum, sive in satisfactionem servitiorum, sive quovis alio titulo oneroso Emphyteusim acquisiverit. Ita Carvalho *supra*, *num.* 181. Valascus *de partitionibus*, *cap.* 13. *num.* 108. qui speciatim loquitur de Emphyteusi concessa in satisfactionem servitiorum patris, quae sint obligatoria; nam de alijs, inquit, non curamus. Ratio verò totius resolutionis est; quia quoties Emphyteusis fuit per patrem acquisita titulo oneroso, verum est dicere, quod pater eam comparavit, aut pretio, aut re pretio aestimabili: eadem autem est ratio, ut imputari debeat, quando fuit empta, seu acquisita pretio, atque quando est comparata re alia pretio aestimabili: & ita huic ampliationi suffragatur Ordinatio Lusitana *dicto* §. 22. ibi, *comprado, ou acquirido de fazenda do pay, ou may, que o nomeou*.

33 Sed quid, si pater emptor Emphyteusis eam obtinuisset in ultima vita, & renovationem à domino impetrasset, ita ut filius virtute nominationis, ac novae investiturae in Emphyteusim succederet? non teneri filium eam imputare censuit aliquando Senatus Lusitanus, teste Gama *decis.* 229. *num. ultimo*. At oppositum merito docent Caldas *de nominatione*, *quaest.* 48. *num.* 53. *fine* Valascus *d. c.* 12. *num.* 106. & Carvalho *d. c. v. num.* 184. post Gamam *d. decis.* 229. *n.* 2. & 3. Quia licet filius magis ex jure renovationis, quam virtute emptionis eam Emphyteusim obtinuerit, tamen cum pater emendo Emphyteusim, ipsum quoque jus renouationis titulo oneroso acquisierit, quicquid ad filium ex eo jure postea obvenit, à patris substãtia processit, estque bonum profectitium, & imputandum. Et hinc consequenter deducit Carvalho *supra*, si pater emptor Emphyteusis, cùm esset in ultima vita, moriatur vivente adhuc venditore, & filius in eam Emphyteusim succedat pro reliquo tempore ejusdem ultimae vitae, quae continuatur, dum venditor vivit, debere imputare pretium, quo à patre fuit empta: quin etiam idem dicendũ fore, licet talis filius eam Emphyteusim renunciet in manus domini, ut jure renovationis eam de novo accipiat, quia semper principium, & causa eam obtinendi fuit pretium, quo pater illam emit. Et haec sententia videtur verior, licet contrarium magis placeat Emmanueli Barbosae *in remiss. ad Ordinationes Lusit. lib.* 4. *tit.* 97. § 22. *num.* 10. & 12. ubi non improbabiliter pro ea parte argumentatur.

Omnia praedicta circa imputandum pretiũ, quo pater Emphyteusim emit, procedunt, quando filius fuit nominatus ad Emphyteusim in vita patris, seu per nominationem inter vivos. Si enim illi relicta sit in testamento, seu ultima voluntate, dubium est, utrùm ejus pretium similiter imputandum sit? Affirmat Valascus *d. c.* 13. *n.* 102. *juncto num.* 100. quia, cùm pretium exiverit 34

à pa-

à patre, sequeretur inæqualitas in præjudicium aliorum filiorum, nisi filius, cui Emphyteusis relicta est, illud imputaret in suam portionem. Oppositum tenet Benedictus Ægidius *in l. ex hoc jure, ff. de justitia, & jure, tomo 1. cap. finali, num. 65.* quia alioqui teneretur filius imputare pretium cujuscumque rei, quam pater ei prælegavit, si pater eam emeret, quod est absurdum. Neutra tamen harum opinionum absolutè placet, sed media quædam, quæ illas explicat, & conciliat, quam tradit Carvalho *dicto c. 1. num. 191.* asserens, si pater solùm nominavit filium in testamento ad dictam Emphyteusim à se emptam, veram esse sententiam Valasci; quia tunc pater solùm vult nominare filium ad Emphyteusim, non autem cum in illa meliorare; & ideo tunc procedere dispositionem Ordinationis *d. §. 22.* statuentis absolutè, ut filius nominatus ad Emphyteusim à patre emptam teneatur imputare illius pretium; si autem constiterit patrem voluisse eam Emphyteusim filio prælegare ultra legitimam, tunc veram esse sententiam Ægidij, quod non tenetur filius imputare tale prælegatum, nec in hoc casu procedere Ordinationem *d. §. 23.* sed potius decisionem *l. à patre. Cod. de collation.* ubi statuitur, quod relicta per ultimam voluntatem ultra legitimam non imputantur.

35 Limitatur tertio eadem principalis resolutio, ut non procedat quoad meliorationes, quas pater in re emphyteutica fecit; earum enim æstimationem tenetur filius nominatus imputare, ut disponit Lusitana Ordinat. *d. §. 22.* ut nimirum filius nominatus habeat optionem imputandi æstimationẽ talium meliorationũ, vel prout Emphyteusis plus valuerit ratione illarũ tempore, quo illi obvenerit, vel prout in illis faciendis impensum est. Unde cessat apud Lusitanos in præsenti materia celebris DD. controversia circa solutionem melioramentorum, an facienda sit prout æstimantur in concreto, vel in abstracto, aut juxta valorem, quem habent tempore traditionis, vel potius juxta impensas, quibus facta sunt? Qua de re latè diximus *disput. 3. sect. 2.* Non procedit autem hæc limitatio de melioramentis parvis, nec de ijs, quæ pater nominans tenebatur facere, secundùm jus commune, absque alia partium conventione, ut habetur *in d. §. 22.* & tradit Valasc. *supra, num. 117.* ubi *n. 129.* consequenter advertit, non esse imputandas à filio nominato expensas, quas pater fecit pro Emphyteusi sustentanda; quia secundùm jus commune emphyteuta tenetur rem omninò sustentare, saltem in eo statu, in quo eam accepit. Utrùm verò filius teneatur imputare meliorationes, quas pater fecit sub pacto, ut omnino pertinerent ad proprietarium absque ulla obligatione eas compensandi? Vide apud Mol. *disput. 479. n. ult.* & Caldas *de nominatione, quæst. 18. num. 31.* ubi partem negativam probat, & pluries juxta illam judicatum fuisse in Senatu hujus regni affirmat.

Illud tandem pro omnibus prædictis casibus, in quibus diximus imputandam esse Emphyteusim de providentia, notandum est hanc imputationem semel fieri debere, ita ut si filius Emphyteusim, ejusve æstimationem, ad pretium imputavit, non teneatur nepos eam iterum imputare. Ita declaravit Ordinatio Lusitana *in nova recopilatione, lib. 4. tit. 97. § 23.* ubi statuit, ut Emphyteusis, quæ semel venit ad collationem, sive quoad pretium, quo fuit empta; sive quoad meliorationes, quas defunctus in ea fecit, non imputetur amplius in legitimam successorum quoad tale pretium, & meliorationes. Tradit, ac de jure etiam communi tenendum probat Carvalho *dicto cap. 1. 4. part. n. 195.* post Cabedum *par. 2. dec. 111. n. 7.* 36

num. 7. per textum *in l. fideicommissa*, 11. §. *si quis alicui dotem*, *ff. de legatis* 3. ubi quantitas alicui legata sub conditione, si aliam prius legatam perdiderit, semel tantùm præstanda est, ne detur præstatio in infinitum. Ratio verò est, quia eo ipso, quod pretium semel fuit imputatum per filium succedentem in Emphyteusim, satisfactum est obligationi imputationis, & manet ea obligatio extincta, *Inst. quibus modis extinguitur obligatio*, *in principio*: obligatio autem semel extincta in sequentibus successoribus non revivicit, *l. ejus qui*, §. *finali*, *ff. de jure fisci*, *l. qui res*, §. *aream*, *ff. de solution.* & ita in simili de solutione expensarum, quæ solvendæ sunt à successore maioratus, resolvit Molina Jurista *lib.* 1. *de primogenijs*, *cap.* 26. *num.* 14. & Garcia *de expensis*, *cap.* 13. *numer.* 44. quos sequitur Barbosa *in l. divortio*, 8. §. *finali*, *part.* 1. *num.* 115. *ff. soluto matrimonio.* Confirmatur, & declaratur, quia imputatio fieri jubetur in prædictis casibus ex præcepto legis ad compensandam inæqualitatem alijs filijs nominantis, cujus patrimonium inter omnes filios dividendum imminutum est: per talem autem compensationem non censetur filius succedens minuere suum patrimonium; atque adeo cessat in nepote obligatio alterius compensationis, & imputationis. Ex quibus satis excluditur contraria sententia, quam docuit Caldas *de nominatione*, *quæst.* 18. *num.* 23. Valascus *dicta cap.* 13. *de partitionibus*, *num.* 109. & Molina Theolog. *disp.* 479. *num.* 4.

Vtrùm hæres emphyteutæ teneatur ejus creditoribus ex Emphyteusi, in quam per ejus mortem successit?

§. IV.

SUMMARIUM.

Hæres succedens in Emphyteusim purè, aut mistè hæreditariam, tenetur ex ipsa Emphyteusi solvere creditoribus emphyteutæ defuncti: secus autem succedens in Emphyteusim de providentia, si inventarium fecit. n. 37. & seq.

Qui absque inventario hæreditatem adivit, tenetur ad debita defuncti, etiam supra vires hæreditatis, non solùm in foro externo, quod est citra dubium, sed etiam in interno juxta probabiliorem sententiam. n. 38.

Si hæres succedat in Emphyteusim de providentia, quam defunctus emit, aut melioravit, tenetur ad debita defuncti ex tali Emphyteusi quoad pretium, aut valorem meliorамentorum. n. 39.

Quarta quæstio, utrùm hæres emphyteutæ teneatur ejus creditoribus ex Emphyteusi, in quam per ejus mortem successit? Respondetur cum eadē distinctione, qua ad præcedentes quæstiones responsum est; nimirum, si Emphyteusis sit hæreditaria, teneri: secus autem si tantùm sit ex pacto & providentia. Ita communis Doctorum sententia, quam relatis alijs, tradunt Valasc. *de jure emphyt. q.* 43. *n.* 5. Gama *decis.* 5. *à num.* 1. Caldas *de nominatione*, *quæst.* 24. *n.* 80. & Mol. *disp.* 477. *num.* 5. Ratio prioris partis est, quia hæres succedit universaliter defuncto, etiam quoad actiones, & obligationes passivas, & sic manet obnoxius omnibus ejus debitis solvendis, saltem juxta vires hæreditatis, si cum 37

si cum inventario illam adivit, ut apud omnes est indubitatum: ergo cum Emphyteusis hæreditaria sit pars hæreditatis, ejusque vires augeat, ex illa etiam solvi debent debita emphyteutæ defuncti, licet hæres inventarium confecerit. Proceditque hęc resolutio, sive Emphyteusis sit hęreditaria simpliciter, sive mistè, ut pro filijs hæredibus concessa, ut speciatim advertit Caldas *supra*, & Molina *d. n.* 5. ubi merito rejicit opinionem Julij Clari asserentis, non teneri hæredem, qui inventarium confecit, solvere debita defuncti ex feudo hęreditario mistè, quando hæres etiam exciterat primo possessori per aliquem alium, quam per solum possessorem ultimum.

38 Alia pars traditæ resolutionis etiam probatur facilè, quia Emphyteusis de providentia non pertinet ad hęredem; neque hęres illam obtinet à possessore defuncto, sed tantùm à domino: hęres autem non tenetur ad debita defuncti, nisi tantùm ex ejus hæreditate, & juxta vires illius. Quod intellige, si inventarium confecit: Unde hæc secunda pars nostræ resolutionis solùm procedit sine dubio, quando novus emphyteuta hæreditatem antecessoris adivit ad beneficium inventarij. Si enim inventarium non confecit, tunc verius credo contra Valascum *sup.* & Gamam *dicta decis.* 5. *num.* 3. teneri ad debita defuncti etiam ex ipsa Emphyteusi, quemadmodum ex alijs bonis undecumque habitis. Nam hæres, qui absque inventario hæreditaté adivit, ad omnia defuncti debita tenetur, etiam supra vires hęreditatis, non solùm in foro externo, in quo tantùm id à multis admittitur; sed etiam in foro conscientiæ, & ante judicis sententiam, ut cum Covar. Valasco, Gregorio Lopes, & alijs tradit, & bene probat Molina *tomo* 1. *disp.* 217. *n.* 12.

39 Illud etiam hic est advertendum, quod bene observat Gama *d. decis.* 5. *n.* 4. *&* 5. & ex eo Mol. *d. disp.* 477. *n.* 5. si hæres succedat in Emphyteusim de providentia, quam defunctus sua pecunia emit, aut melioravit, teneri talem hæredem ad debita defuncti ex tali Emphyteusi, quoad pretium, aut valorem melioramentorum, cùm in his duobus effecta sit hæreditaria, & ad filium ut hæredem transierit. Addit tamen Gama non propterea posse talem Emphyteusim capi, & vendi pro solvendo ære alieno patris; & ita judicatum fuisse in Senatu regio, ut in pretium meliorationum, quas pater fecit in quadam Emphyteusi nominationis filio relicta, fieret executio pro debitis paternis, non autem in ipsa Emphyteusi.

Vtrùm quando Emphyteusis est divisibilis, dividenda sit æqualiter inter successores, vel solùm juxta portiones hæreditarias?

§. V.

SUMMARIUM.

Emphyteusis hæreditaria dividitur inter cohæredes juxta portiones hæreditarias. n. 40.

Idque procedit, licet Emphyteusis solùm sit hæreditaria mistè, & si aliqui teneant hanc esse dividendam pro partibus æqualibus. n. 41.

Emphyteusis de providentia, quando divisibilis est, debet dividi pro partibus æqualibus inter successores etiam inæqualiter institutos. n. 42.

Hoc autem fallit in regno Lusitaniæ in Emphyteusi liberæ nominationis, quando possessor, nemine ad eam nominato, decessit cum testamento, in quo plures hæredes extraneos reliquit, ibidem.

Quinta quæstio, est utrũ quando Emphyteusis est divisibilis, vel realiter, vel solum per æstimationẽ, un 40

ut in hoc regno, dividenda sit æqualiter inter successores, vel solùm juxta portiones hæreditarias? Respondetur cum sępe repetita distinctione, si Emphyteusis sit hęreditaria, dividi debere juxta portiones hæreditarias, ut si ex duobus hęredibus unus sit institutus in duabus partibus hęreditatis, alter verò in una, debere illum accipere duas partes Emphyteusis, hunc verò unam: si autem Emphyteusis sit ex pacto & providentia, dividendam esse ęqualiter inter omnes vocatos, licet inęqualiter sint instituti in hæreditate, ut in proposito exemplo. Prior pars hujus resolutionis quoad Emphyteusim purè hęreditariam est indubitata apud omnes, ut apud statim citandos videre licet. Sumitur *ex l. 1. Cod. de impuberum, & alijs substitutionibus, & ex l. qui liberis, §. hac verbo, ff. de vulgari, juncta l. item prædia, ff. familia er. iscunda*; & patet ratione sępius inculcata; quia Emphyteusis hęreditaria pertinet ad hæreditatem, & in illa continetur, quemadmodum alia bona libera defuncti: ergo quemadmodum cætera bona ad hæreditatem spectantia juxta portiones hæreditarias dividuntur, ita etiam illa Emphyteusis.

41 Si autem Emphyteusis sit hæreditaria mistè, ut concessa pro filijs, & descendentibus hęredibus, credit Molina *d. disp. 477. num. 1.* dividendam esse partibus æqualibus etiam inter inęqualiter institutos; quod etiam loquendo de Emphyteusi ecclesiastica pro se, & filijs hæredibus accepta tradit Peregrinus *tract. de fideicommiss. art. 6. n. 37. fine*, ad mentem Bartholi, *in l. ut jurisjurand. n. 6. ff. de operis libert.* ubi dicit, filios succedere in hujusmodi Emphyteusim, non ut hęredes patris, sed ex stipulatione, seu conventione cum domino, cui pater contraire non potest. Idem videtur sentire Caldas *de nominat. q. 25. n. 13.* dicens ita resolvere Socinum juniorem, quem videre non potui; citatur etiam pro eadē sententia Covar. *2. variarum, c. 18. n. 4. vers. 9. ab eadem*, sed re vera hic Author id non dicit. Neque fundamentum, quo Caldas scribit, ita resolvere Socinum, id probat, sed potius oppositū: unde credo inadvertenter scriptum. Quidquid autem citati Doctores senserint, eodem planè modo dividendam esse credo ejusmodi Emphyteusim, atque hęreditariam simpliciter; quod proculdubio sentit Bald. *in l. libert. Cod. de oper. libert. n. 32. & seqq.* ubi prędictam Bartholi opinionem acriter impugnat, contendens filios succedere in illam Emphyteusim ut verè hæredes patris, illamque eo ipso, quod est hæreditaria, esse jus patrimoniale, in quo pater potest filio prędjudicare, sentit etiam planè Greg. Lopes *in l. 28. tit. 8. part. 5. vers. sed quid si filij*, ubi ad mentem Baldi dicit, quod quando in investitura verbo, filijs, adjectum est, & hæredibus, succedunt filij in Emphyteusim pro parte, in qua sunt instituti, & Valascus *tract. de jure emphyt. q. 43. n. 7.* ubi sine ulla restrictione affirmat, Emphyteusim hęreditariam dividi inter hæredes pro hæreditarijs portionibus; & apertius *tract. de partitionibus, c. 16. n. 12.* ubi docet, quod quando aliquis conjugatus, qui nupsit per chartam medietatis, habebat Emphyteusim acceptam pro se, & filijs, seu descendentibus hęredibus, & sic hæreditariam mistè, dividenda est talis Emphyteusis inter uxorem, & filios emphyteutæ defuncti eodem modo, quo *lib. 4. Ordin regia, tit. 96. §. 24.* dividi præcipitur inter eosdem Emphyteusis accepta pro se, & hæredibus, ac successoribus: divisio autem, quæ illic præcipitur, est, ut per ęstimationem ferat uxor medietatem Emphyteusis; alia verò medietas dividatur inter hęredes emphyteutæ defuncti juxta portionem hæreditariam. Quam resolutionem probat Valascus, tum ex eodē §. 24. à contrario sensu, quatenus in ultima ejus parte oppositum disponitur

tur in Emphyteusi accepta pro filijs, & descendentibus sine mentione hæredum: tum etiam, quia ubi in successoribus requiritur qualitas hæredis, evadit Emphyteusis hæreditaria, & patrimonialis; quæ proinde pari modo est dividenda, & cõmunicanda cum uxore, sicut alia bona patrimonialia defuncti, cum quo matrimoniũ celebratum est per chartam medietatis. Quæ rationes satis efficaciter nostrã sententiam probant: neque pro opposita ullum video sufficiens fundamentum.

42 Alia pars traditæ resolutionis, quod scilicet Emphyteusis de providentia dividenda sit pro partibus æquis etiam inter inequaliter institutos est communissima. Eam tradunt Covarruvias, Gregorius Lopes, & Molina, *locis supra citatis*, Valascus *loco etiam citato, de jure emphyt & dicto cap. 26. de partitionibus, n. 11.* cæterique communiter. Sumitur apertè *ex l. ut jurisjurandi 7. vers. si liberi, ff. de operis libertorum.* Et ratio est, quia ejusmodi Emphyteusis non spectat ad hæreditatem, neque defertur à possessore, sed à domino, qui eam concessit. Unde licet hæreditas inæqualiter deferatur ad hæredes emphyteutæ defuncti, id non tollit, quominus consequi debeant Emphyteusim pro partibus æqualibus, pro ut ad eam sunt vocati à domino, à quo illam capiunt. Hinc tamen excipe Emphyteusim liberæ nominationis, quando possessor nemine ad eam expresse nominato decessit cum testamento, in quo plures hæredes extraneos instituit; quo in eventu decernit Ordinatio Lusitana, *lib. 4. tit. 36. §. 1.* omnes illos hæredes censeri nominatos ad Emphyteusim, & dividendam esse inter illos per æstimationem juxta portiones, in quibus fuerint instituti. Quã legem deviare à jure communi dicit Valascus *dicta q. 43. n. 8.* quia cùm non sit hęreditaria, dividenda non erat, juxta portiones hęreditarias, sed ęqualiter inter omnes hęredes; licet inęqualiter institutos juxta *dictum vers. si liberi*, at satis ęquam, & justam esse illam Ordinationem, bene probat Caldas. *de nominat. q. 23. n. 15.* & Mol. *dicta disp. 477. num. 2.*

Utrùm hæres institutus in re certa ad Emphyteusim defuncti admittatur?

§. VI.

SUMMARIUM.

Resolvitur quæstio negativè, si Emphyteusis sit hæreditaria, & instituto datus sit cohæres universalis, qui hæreditatem adierit. n. 43.

Quid si Emphyteusis sit hæreditaria mixtè, ut concessa pro filijs hæredibus? num. 44.

Institutus in re certa bene potest admitti ad Emphyteusim de providentia. ibidem.

Sexta quæstio est, utrùm hæres institutus in re certa ad Emphyteusim defuncti admittatur? Respondetur, non admitti ad Emphyteusim hęreditariam, quando simul datur cohęres universalis: admitti autem ad Emphyteusim de providentia. Ita Covarruvias 2. *variarum, cap. 18. n. 5.* Gregor. Lopes *in l. 28. tit. 8. partita 5. verbo, O de sus herederos, vers. sed quid si filij*, Valascus *de jure emphyt. q. 43. fine* Molina *dicta disp. 477. num. 3.* & Caldas *de nominat. q. 24. à num. 1.* ubi priorem partem traditę resolutionis latè controvertit, ac multis prò ea relatis, illam tandem amplectitur *n. 8.* quãvis non desint, qui oppositum sentiant, saltem quando Emphyteusis concessa est cum geminatione verborum, *pro hæredibus, & successoribus.* Ratio verò nostrę resolutionis quoad primam partem est, quia institutus in re certa, 43

dato cohærede universali, habet vicem legatarij, & successoris particularis, *l. quoties*, 13. *Cod. de hæred. instit.* Emphyteusis autem hæreditaria solùm pertinet, & deferri censetur ad proprios hæredes, quales tantummodo sunt, qui instituuntur universaliter in tota hæreditate, aut in quota illius. Si tamen instituto in re certa non fuerit datus cohæres universalis, aut licet datus sit, hæreditatem non adierit, in casu, quo eam non transmittit, vel eam repudiaverit, aut ante testatorem mortuus fuerit, tunc institutus in re certa, dictam Emphyteusim obtinet, ut bene Caldas *supra n.10. & 11. & q.10. n. 2. & 3.* & Molina *dicto n. 3.* quia in tali eventu efficitur hæres universalis, & totam hæreditatem consequitur, summoto nomine rei certæ, ut sumitur *ex l. 1. §. si ex fundo, ff. de hæredibus instituendis, & l. siquis priore, ff. ad Trebellianum*, cum similibus; traditque communis sententia, quam latè explicat Molina *tomo 1. disp. 115.*

Alia pars resolutionis circa Emphyteusim de providentia inde facilè constat; quia cùm ad succedendum in ejusmodi Emphyteusim non requiratur qualitas hæredis, satis est quod aliquis sit vocatus in investitura, ut possit in eam succedere, licet non sit ullo modo hæres.

44 Sed quid, si Emphyteusis sit hæreditaria mistè, ut accepta pro se, & filijs hæredibus: Barthol. *in l. ut jurisjurandi, §. si liberi, num. 6. & seq. ff. de oper. libert.* constanter docet, quod filius institutus in re certa, succedit pro sua parte in talem Emphyteusim, etiam si habeat cohæredem universalem, & licet pater expresse dixerit, quod esset contentus tali re. Credit enim Barth. talem Emphyteusim non pertinere ad filium, ut hæredem, sed ut est filius habens jus quæsitum ex vigore stipulationis paternæ, seu concessionis dominicæ, contra quam patris dispositio nihil valet.

Contrarium tamen sustinet merito Bald. *in l. liberti, n. 32. & seqq. ff. de oper. libert.* ex contrario fundamento; quia cùm hujusmodi Emphyteusis sit concessa pro filijs hæredibus non competit illis, nisi ut hæredibus, quorum nomine non veniunt instituti in re certa, sed solùm instituti in quota hæreditatis, *l. quadam, §. is autem, ff. de edendo:* nam quando aliquid datur hæredibus, nomen, hæredibus, non tam demonstrat, quàm distribuit: institutus autem, qui non habet quotam, nihil potest proportionaliter distribuere, vel sortiri, *l. 1. Cod. de impuber. & alijs subst.* Et sic filius institutus in re certa pro nulla parte potest petere, & dividere proportionaliter dictam Emphyteusim cum veris hæredibus. Quod si dicas, hinc solùm probari institutum in re certa non posse dividere ut hæredem, & pro portionibus hæreditarijs, cum hærede universaliter instituto: at vero non tolli quominus possit dividere æqualiter illam Emphyteusim, ut est vocatus ad illam per stipullationem paternam, & concessionem domini. Respondetur, negando assumptùm: nam quando Emphyteusis est accepta pro filijs hęredibus, non est stipulata pro illis, nisi in eventu, quo sint hæredes, & pro ut fuerint hæredes; quod solùm habet locum in institutis in quota, ut probatum est. Unde cùm filius in casu proposito non sit hæres in quota, sed solùm in re certa, non censetur talis Emphyteusis stipulata pro illo; & sic non solùm ex institutione, sed neque ex stipulatione ullam ejus partem capere potest. Accedit quod talis Emphyteusis, eo ipso quod est hæreditaria, jus patrimoniale censetur, ut notat idem Bald. *num. 33.* & diximus *§. præced. num. 41.* cum Valasco *ibidem citato*, tale autem jus non capitur à filio, nisi ex successione, vel dispositione paterna.

SECTIO

SECTIO TERTIA.

Vtrùm pater possit præjudicare filijs in successione Emphyteusis eam alienando, aut uni eorum prælegando?

SUMMARIUM.

In successione Emphyteusis purè hæreditaria perinde potest pater filijs præjudicare, atque in successione bonorum liberorum. n. 45.

Per ultimam voluntatem potest pater præjudicare filijs in Emphyteusi purè hæreditaria relinquendo illam extraneis, neque ad hoc indiget novo consensu domini. ibidem.

Potest etiam pater præjudicare filijs in Emphyteusi purè hæreditaria per actum inter vivos ex consensu domini, alienando eam in extraneos. n. 46.

Quomodo hoc debeat intelligi, si Emphyteusis fuit alienata titulo lucrativo? eodem n. 46.

De Emphyteusi mistè hereditaria accepta pro se, & hæredibus à se descendentibus, potest pater disponere in præjudicium filiorum, alienando illam de consensu domini, quando necessarius est ad valorem alienationis, vel uni eorum eam prælegando. n. 47.

Hanc verò resolutionem multi limitant, ut non procedat quando pater Emphyteusim alienasset in aliquem ad eam non vocatum in investitura, ut in extraneum, cùm solùm esset concessa pro descendentibus. n. 48.

Sed hanc limitationem rejicit Author cum alijs. n. 49.

Ad legandam Emphyteusim mistè hæreditariam alicui ex vocatis, eamve uni eorum prælegandam in præjudicium aliorum, non indiget pater novo consensu domini. n. 50.

Ad transferendam Emphyteusim in non quemlibet de comprehensis in concessione emphyteutica, sive titulo donationis, sive quovis alio, non est necessarius consensus domini. ibidem.

Etiam per actum inter vivos potest pater transferre Emphyteusim acceptam pro se, & hæredibus à se descendentibus in quemlibet descendentem, etiam remotiorem, idque etiam absque domini consensu. eodem num. 50. fine.

HÆc quæstio est valde affinis præcedentibus, & ideo ad ejus resolutioné distinguendum similiter est inter Emphyteusim purè, aut mistè hæreditariam, vel solùm de providentia. Prima ergo conclusio sit: Si Emphyteusis fuerit purè hæreditaria, perinde potest pater præjudicare filijs in ejus successione, atque in successione bonorum liberorum, quæ in suo patrimonio habet. Ita communiter Doctores, ut apud infra citandos videre licet, quia ejusmodi Emphyteusis non differt à bonis liberis quoad potestaté disponendi de illa in præjudicium filiorum. Unde in primis constat, posse patrem præjudicare filijs in ejusmodi Emphyteusi per ultimam voluntatem, relinquendo illam extraneis. Neque ad hoc indiget novo consensu domini, cùm in ipso contractu emphyteutico illi concessa sit pro quibuscumque hæredibus, etiam extraneis, sub quibus etiam comprehenduntur legatarij, juxta probabiliorem sententiam, quam tradidimus *disp. præced. sect. 7. §. 4. n. 4.* Unde etiam ad hanc Emphyteusim extraneis legandam, aut uni filiorum prælegandam, novus domini consensus necessarius non est: eo verò accedente, nemo est, qui hanc potestatem legandi, & prælegandi talem Emphyteusim parentibus deneget. 45

Constat præterea posse patrem cum domini consensu filijs præjudicare in eadem Emphyteusi per actum inter vivos, vendendo illam, aut alio modo eam alienando in extraneos. Quod 46

Quod satis patet ex quotidiana praxi, & constat ratione; quia cùm talis Emphyteusis ita sit concessa patri, ut possit illam relinquere quibuscumque hæredibus; etiam extraneis, non habent filij jus, ut ipsis relinquatur, aut conservetur: & ita si accedat domini consensus, nihil obstat, quominus pater eam possit in vita sua alienare in personam extraneam, & sic præjudicare filijs in ejus successione, perinde ac si esset res libera, & allodialis. Adverte autem, quando pater Emphyteusim alienavit titulo lucrativo, ut per ultimam voluntatem, aut donationem, & per hoc deminuit legitimas suis descendentibus, aut ascendentibus, irritari post ejus mortem talem alienationem pro ea parte, qua legitimas inofficiose contingit. Si autem Emphyteusim alienasset titulo onerosa, ut per venditionem, permutationem, &c. non potest postea impugnari talis alienatio tamquam inofficiosa, etsi inde sequeretur legitimarum deminutio, prout utrunque in bonis etiam allodialibus servandum est, ex omnium sententia.

47 Secunda conclusio. Si Emphyteusis sit hæreditaria mixte accepta pro se, & pro hæredibus à se descendentibus, potest pater de illa disponere in præjudicium filiorum, alienando illam de consensu domini, quando necessarius est ad valorem alienationis, vel uni eorum eam prælegando. Ita Covar. 2. *variarum, cap. 18. n. 2. concl. 4. & num. 4. vers. octavo infertur post med.* Molina *disp. 478. n. 8.* Brittes *in cap. potuit, 6. 3. n. 15. de locato.* Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 17. num. 4.* Valasc. plures referens *quæst. 49. de jure emphyt. à num. 3.* & Caldas *de nominat. q. 24. à num. 18. & de extinct. cap. 20. n. 31.* Qui duo postremi Doctores, licet loquantur absolutè de Emphyteusi hæreditaria, proculdubio sub ea generalitate comprehendunt hæreditariam mixte: nam pro ea ponunt quandam limitationem infra examinandam. Estque tradita conclusio communis, ut affirmat Molina *supra.* Vulgare illius fundamentum est, quia in ejusmodi Emphyteusim non potest succedere filius, nisi sit hæres patris; siquidem solùm est concessa pro filijs, & descendentibus hæredibus: hæres autem facto defuncti contraire non potest, *l. cum à matre, Cod. de rei vendic. l. ex qua persona, ff. de reg. juris*, ibi, *Ex qua persona quis lucrum sensit, ejus factum præstare debet*, cum similibus. Igitur si pater Emphyteusim alienaverit, vel prælegaverit non possunt filij tali alienationi, vel prælegato, contraire, & sic potest pater illis præjudicare in successione talis Emphyteusis.

Limitat hanc conclusionem Covar. *dicto vers. octavo infertur*, Valasc. *supra n. 5. vers. limitabis*, & Cald. *dicta quæst. 18. n. 23.* cum Decio, & alijs, ut non procedat, quando pater Emphyteusim alienavit in aliquem ad eam non vocatum in ipsa investitura; ut si eam alienasset in extraneos, cùm solùm esset concessa pro filijs, & descendentibus hæredibus: tunc enim, inquiunt, posse filium, quantumvis hæredem, cōtravenire alienationi factæ per patrē, & Emphyteusim revocare. Reddit rationem Caldas; quia repugnat domini concedentis voluntas, quod talis Emphyteusis devolvatur ad non vocatos. Sed hæc ratio solùm probat, non posse patrem talem alienationem facere absque domini consensu. Ex alio fundamento eandem sententiam tuetur Pinelus in simili, *ad l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 9.* ubi docet posse filium revocare feudum hereditarium mixte à patre alienatum, perinde ac si esset ex pacto & providentia: quam tamen resolutionem postea moderatur *n. 97. & 98.* ut solùm procedat in feudo antiquo, id est, habente originem in alio possessore ante alienantem. Et ratio, qua potissimum movetur est, quia respectu talis feudi habent filij jus quæsitum, quo sine ipsorum facto privari 48

non

non possunt juxta regulam *id, quod nostrum est, sine facto nostro amittere non possumus, ff. de regulis juris*; & forte hoc etiam, fundamento nititur Covarruvias, & Valasc. *locis citatis*, quamvis non satis se declarent.

49 Nihilominus hanc limitationem scrupulo non carere merito affirmat Mol. *dicta disp.* 478. *n.* 9. nec eam admittit Brittus *supra*, & esse contra omnes ferè scribentes in simili de feudo fatetur Pinelus *dicto n.* 95. Quare illam rejiciendam censeo, ut etiam planè rejicit Rebellus 2. *p. de obligat. justitia, lib.* 13. *q.* 15. *in principio*, non solùm per regulam *dicta l. cùm à matre*, & similium jurium (ex qua etiam ipse Caldas, qui locis supra citatis nobis adversatur, fassus est, *q.* 23. *de nominat. sub num.* 22. teneri filios hęredes stare contractui, quo pater personam extraneam admisit ad Emphyteusim pro filijs hæredibus concessam, & sic hæreditariā mistè), sed præcipuè ex sequenti ratione, quam tradit Rebellus *supra*, post Paulum Castrensem *in l. apud Iulianum,* alias, *cum servus, §. siquis alicui, vers. ego autem, ff. de legat.* 1. quia filius non habet jus ad Emphyteusim hæreditariam, etiam mistè, nisi in quantum hęres, atque adeo solùm post mortem patris: ergo ante illius mortem nullum filij jus obstat, quominus pater de consensu domini, quando ad validam Emphyteusis alienationem necessarius est, talem Emphyteusim possit alienare, & sic filio in ea præjudicare. Confirmatur primò, quia si pater ultra dictā Emphyteusim, non relinquat bona sufficientia pro suis debitis solvēdis, tenentur filij ea solvere ex ipsa Emphyteusi, ut cum cōmuni sententia tradidimus *sect. praeced.* §. 4. Vnde possunt eam vendere, & ad id cogi, ut ex pretio satisfaciant crediţiribus paternis: ergo à fortiori ipse pater eam posset vendere, & in perpetuum alienare in eosdem creditores, requisito prius domino; quod non esset verum, si filijs esset jus quæsitum ad illam. Confirmatur secundò, quia si filij haberent jus quæsitum ad talem Emphyteusim, propter quod non posset pater eam alienare in eorum pręjudicium, sequeretur, quod etiam per exhęredationē ex juxta causa illis præjudicare non posset in tali Emphyteusi, sicut non potest in Emphyteusi de providentia: consequens autem est falsum, ut constat ex dictis *sectione praeced.*

Ad legandam autem ejusmodi Emphyteusim alicui vocato, eamve prælegandam uni filiorum in aliorum præjudicium, non indiget pater novo consensu domini. Nam licet talis Emphyteusis sit hæreditaria, utpotè concessa pro filijs, & descendentibus hæredibus, id non tollit, quominus ex vi talis concessionis possit cuilibet eorum legari, aut prælegari; siquidem, ut jam supra notavimus, & probatum est *disp. praeced. sect.* 7. §. 4. quando in investitura dominus concedit Emphyteusim pro hæredibus, etiam legatarios censetur comprehendere; & ideo non est necessaria nova ejus licentia, ut talis Emphyteusis possit legari, aut prælegari cuilibet, ad quem ut hæredem juxta investituram transmitti posset. Accedit, quod generaliter loquēdo ad transferendam Emphyteusim in quemlibet de comprehensis in concessione emphyteutica, sive titulo donationis, sive quovis alio, non requiritur consensus domini, ut communiter videntur sentire Doctores, & tradit Barbosa *in l. usufructu*, 58. *num.* 26. *ff. soluto matrim.* ubi alios refert, & reddit rationem, quia à principio videtur dominus directus dedisse licentiam, ut Emphyteusis ad illas personas transire posset; & ideo ulterior domini consensus non requiritur. Ex quibus colligo, etiam per actum alienationis inter vivos posse à patre transferri dictam Emphyteusim in quemlibet ad eam vocatum, etiam remotiorem, ut tradit Caldas *de nominat. q.* 24. *n.* 23. idque absque novo domini 50

mini consensu, ut etiam idem Author agnovit; quatenus ait concedentis voluntatem tali alienationi non repugnare.

Statuitur alia conclusio circa Emphyteusim ex pacto & providentia, quod in ea non possit pater, etiam de consensu domini, præjudicare filijs ad eam vocatis.

§. I.

SUMMARIUM.

Emphyteusim ex pacto & providentia non potest pater alienare, etiam de consensu domini in præjudicium filiorum ad eam vocatorum. n. 51.

Quomodo accipiendum sit celebre dictum Bartholi asserentis posse revocari pactum adjectum in favorem secundi donatarij absentis? ibidem.

Conclusio tradita numero præcedente ampliatur, ut etiam non possit pater dictam Emphyteusim renunciare in manibus domini in præjudicium filiorum. Neque uni eorum eam prælegare. Neque vendere ex necessitate pro solvendis debitis. Neque circa illam transigere cum vocatorum præjudicio. n. 52.

Quando Emphyteusis fuit accepta pro uno, aut pluribus filijs certi matrimonij, non potest in eorum præjudicium innovari; & extendi concessio ad filios ex altero parente, & diverso matrimonio genitos. n. 53.

Eadem conclusio num. 51. tradita ampliatur, ut procedat, etiamsi in concessione emphyteutica dictum sit; quod non poterit alienari Emphyteusis absque consensu domini. n. 54.

Argumentum à contrario sensu non procedit, quando resultat pravus intellectus: neque quando sequitur absurdum, & absona resolutio. ibidem.

51 Tertia conclusio sit, Emphyteusis ex pacto & providentia non potest per patrem alienari, etiam de consensu domini, in præjudicium filiorum ad eam vocatorum, ut quando est concessa pro filijs, & descendentibus sine mentione hæredum. Ita cum communiori sententia, & multis pro ea relatis Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 97.* Valasc. *de jure emphyteut. q. 49. n. 6.* Gama *decis. 5. n. 7. & decis. 8. n. 1. & 2. & fermè per totam; & decis. 233. n. 11.* Caldas *de extinct. emphyteut. c. 20.* ubi *n. 1.* quamplurimos pro ea refert, & illam absolutè sequitur *num. 4. vers. ego nihilominus*, Mol. *disput. 478. n. 2.* & Fragos. *tomo 3. disput. 9. §. 8. n. 6.* Fundamentum est, quia ex stipulatione, qua pater Emphyteusim impetravit pro se, & filijs, quæsitum est jus ipsis filijs ad illam in tempus, pro quo in investitura vocantur, ut per textum *in l. quodcumque §. Non solùm, ff. de verborum obligationibus*, Bartholum, & omnes *in l. quod dicitur, ff. eodem.* Quo jure neque à patre, neque à domino spoliari possunt sine suo facto, aut culpa, *l. id, quod nostrum, ff. de regulis juris, & l. finali; ff. de pactis.* Neque obstat, quod tradit Bartholus *in l. qui Romæ, §. Flavius, ff. de verborum obligat.* posse revocari pactum adjectum in favorem secundi donatarij absentis. Nam hoc solum habet locum in casu, quo non intervenit stipulatio nomine absentis, ut bene cum multis alijs advertit Gama *dicta decis. 8. n. 2.* Quando autem quis accepit Emphyteusim pro se, & filijs, stipulatur illam nomine filiorum, etiam absentium, illisque jus acquirit. Præterea idem Gama *dec. 233. n. 16.* illud Bartholi dictum reprobat cum alijs, qui dicunt esse contra communem opinionem, quamvis etiam non desint, qui illud approbent.

52 Ampliatur primò hæc conclusio, ut

ut similiter non possit pater dictam Emphyteusim renunciare in manibus domini in præjudicium filiorum. Sic cum alijs Valascus *dicto num. 6. vers. sed quantum ego, multò ante medium*, & Molina *dicta disp.* 478. *num.* 2. Ampliatur secundo, ut etiam non possit pater ejusmodi Emphyteusim prælegare uni filiorum in prejudicium aliorum ad eam vocatorum. Ita cum Bartholo, & alijs Covarruvias 2. *variarum, cap.* 18. *num.* 2. qui licet non meminerit consensus domini, attamen illo etiam adhibito intelligendus est, ut illum intelligunt, & sequuntur Mol. *supra*, & Gama *dicta decis.* 233. *n.* 15. Ampliatur tertio, ut etiam ex necessitate pro solvendis debitis non possit pater hanc Empnyteusim vendere in præjudicium vocatorum, ut bene declarant Gama *decis.* 5. *n.* 8. *& decis.* 8. *n.* 2. & relatis alijs Cald. *de extinct. d. cap.* 20. *n.* 6. & Brittus *in cap. potuit*, §. 3. *n.* 21. *de locato*, qui docent, quamvis dum pater vivit, vendi possit dicta Emphyteusis, saltem quo ad cōmoditatem, & fructus; attamen eam alienationem solùm durare pro tempore vitæ ipsius alienantis. Unde neque judicis authoritate potest fieri executio propter debita patris in Emphyteusi concessa pro filio, nisi tantùm pro vita patris, quo mortuo eam filius recuperat, ut bene cum alijs Mendes à Castro *in praxi Lusitana, lib.* 3. *cap.* 21. *n.* 22. *in* 1. *edit.* Quod intelligo, non solùm quando Emphyteusis esset accepta pro filio determinato, sed etiam, quando eam pater accepit pro se, & filijs, vel pro se, & uno ex suis filijs, quem elegerit, quidquid in contrarium sentiat Brittus *d.* §. 3. *n.* 23. secundùm jus Lusitanum. Ampliatur quarto, ut etiam non possit pater præjudicare filio in dicta Emphyteusi per transactionem. Ita Gama *decis.* 151. referens ita decisum esse in Senatu Lusitano, & dicens esse magis cummunem sententiam, quam etiam tenet Molina *dicto numero* 2. contra Caldas, & alios, quos refert *d. cap.* 20. *n.* 37.

Ratio harum omnium ampliationum est, quam pro ipsa conclusione assignavimus; quia, cum filijs quæsitum sit jus ad succedendum in talem Emphyteusim, non possunt ullo modo illo spoliari, etiam de consensu domini, qui investituram alterare non potest in præjudicium eorum, quibus ex illa jus quæsitum est. Unde quando Emphyteusis fuit accepta pro uno, aut pluribus filijs ejusdem matrimonij, non potest in eorum præjudicium innovari, & extendi concessio pro quibusvis filijs ex altero parente, & diverso matrimonio genitis, ut bene deducit Molina *dicta disp.* 478. *num.* 3. & probatur latè apud Gamam *decis.* 233. *num.* 11. *& sequentibus*, & Caldas, *de nominatione, quæst.* 15. *ferme per totam, & maximè à num.* 27. ubi nostram resolutionem tuetur, contra quandam sententiam latam in Senatu Lusitano, à qua supplicatum fuit ad Regem pro revisione impetranda, ut testatur Gama. 53

54 Aliam notabilem ampliationem ponit Caldas, *dicto cap.* 20. *de extinct. n.* 33. *fine*, ut procedat tradita conclusio, etiam si in concessione emphyteutica apposita sit clausula consueta; quod non poterit vendi, nec alienari Emphyteusis absque domini consensu. Neque enim argumentum à contrario sensu hic sumi potest, quasi cùm domini consensu talis Emphyteusis possit alienari in præjudicium filiorum. Nam argumentum à contrario sensu non sumitur, quando resultat pravus intellectus, Menochius *consil.* 121. *num.* 31. cum Bald. *in l. Conventicula Cod. de Episcopis, & Clericis*, & omnibus *in l.* 1. *ff. de officio ejus, cui mandata est jurisdictio*; neque quando sequitur absurdum, & absona resolutio, Caldas *de nominatione, quæst.* 18. *n.* 38. & scribentes *in cap. à nobis*, 2. *de sententia excommunicat.* satis autem praua,

& absurda sequeretur resolutio, si ex illa clausula sumeretur argumentum à contrario sensu, ut pater cum solo cōsensu domini posset prejudicare filijs in dicta Emphyteusi de providentia; maximè, cùm talis clausula tacitè insit ex dispositione juris, quod tamen eam facultatem non præbet. Imo Gama *decis.* 8. *n.* 4. tradit, & judicatum esse affirmat, non posse vendi à patre in prejudicium filij Emphyteusim acceptam pro se, uxore, ac filio utriusque cum clausula, ut non possit vendi, nisi de consensu domini; quia illa facultas vendendi, accedente domini consensu, intelligi debet quando Pater filium non habuerit, vel quando ipse filius consenserit. Contrarium tamen tenet Valascus *de jure emphyt. q.* 49. *num.* 12. *post med.* ubi alios refert estque opinio probabilis.

Limitatur multipliciter superior conclusio posita §. præcedenti.

§. II.

SUMMARIUM.

Conclusio supra posita, quod pater non potest præjudicare filijs in Emphyteusi de providentia, limitatur primo, nisi Emphyteusis sit nova, id est, per ipsum patrem primò acquisita. n. 55.

Hac tamen limitatio rejicitur. ibid.

Limitatur secundo, nisi superveniat urgens, ac rationabilis causa revocandi concessionem, & acceptationem, quam, si dominus, vel primus acquirens præsciret, talem casum exciperent. n. 56.

At hac limitatio improbatur. ibid.

Limitatur tertio, nisi filij vocati essent ad talem Emphyteusim contemplatione patris. n. 57.

Sed hac etiam limitatio rejicitur. numero 56.

Limitatur quarto, nisi Emphyteusis fuisset acquisita ex re, aut pecunia patris. num. 59.

Hoc tamen intelligendum est, quando pater Emphyteusim emit pro filijs, qui non dum ejus potestatem fuerant egressi. ibid.

Poterit autem pater alienare talem Emphytensim ex domini consensu, licet filij, pro quibus eam comparavit dum essent in potestate jam fuerint emancipati tempore alienationis, nisi ante alienationem eam illis tradidisset. n. 60.

Limitatur quinto, ut non procedat in Emphyteusi accepta pro filio, quem pater nominaverit: hæc enim potest vendi à patre, antequam aliquis filiorum ad eam nominetur. n. 61.

Hac tamen limitatio difficilis judicatur, & solùm in quodam casu tamquam probabilis admittitur. ibid.

Limitatur sexto, nisi pater licentiam à Rege impetraverit ad talem Emphyteusim alienandam. n. 62.

Limitatur septimo, nisi filij consentiant alienationi Emphyteusis. n. 63.

Eorum autem consensus non nocet nepotibus, nec alijs remotioribus ad eam Emphyteusim vocatis. Et quando hoc intelligendum sit? ibidem.

Limitatur primo tradita conclusio. Nisi Emphyteusis sit nova, id est, quam ipse pater fuit stipulatus, & ab eo originē habuit. Hanc enim posse alienari à patre de consensu domini in præjudicium filiorum ad eam vocatorum, sentiunt, relatis alijs. Pinelus *in l.* 1. *Cod. de bonis matern. p.* 3. *n.* 98. Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, *§. Emphyteusis*, *q.* 16. *ante n.* 2. *juncto n.* 3. *&* 5. *feudum, q.* 40. *n.* 2. *&* 3. Peregrin. *de fideicommiss. art.* 51. *n.* 58. *& art.* 52. *n.* 84. *juncto n.* 86. *& art.* 6. *n.* 20. & plures alij, quos referunt Valasc. *d. q.* 49. *n.* 6. *post princip. vers. alij tamen interpretes*, & Caldas *d. cap.* 20. *n.* 2. atque juxta hanc opinionem crebrius judicari fatetur idem Valascus *sub eodem n.* 6. *paulo ante finem*. Addit autem 55

Pine-

Pinelus *d. n.* 98. *vers. ex quibus*, & alij, quod etiam in feudo, & Emphyteusi nova non poterit pater præjudicare filijs, si concedens æqualiter motus fuit ex eorum meritis: & similiter, si filij adfuerunt concessioni, & æqualiter acceptarunt; quòd in his eventibus statim illis fuerit jus quæsitum, quo sine ipsorum facto privari non possunt. Extra hos verò casus contrarium sentit, & movetur præcipuè ex illa doctrina Barth. *in d. §. Flavius*, cōmemorata *n.* 51. quam dicit receptiorem, & veriorē, habereque locum in solo primo possessore, qui Emphyteusim à Domino impetravit. Sed hoc fundamentum jam *supra d. n.* 51. exclusum est. Unde prædictam limitationem, absolutè loquendo, merito cum cōmuniori sententia rejiciunt, citatis alijs, Valasc. *dict. n.* 6. *vers. sed quantum ego*, Cald. *d. cap.* 20. *n.* 4. Mol. *d. disp.* 478. *n.* 4. Frag. *tom.* 3. *disp.* 9. §. 8. & Brittus *in cap. potuit*, §. 3. *n.* 3. *de locato*, ubi plures refert; quia statim ex investitura acquiritur jus omnibus ad eam Emphyteusim vocatis, cui juri nec actualis possessor, nec dominus contravenire potest, cum absolutè contractum celebraverint, & primus acquirens nomine omnium vocatorum stipulatus sit, nec facultatem aliquam eis præjudicandi sibi reservaverint: facit text. *in l. quoties, C. de donat. sub modo.*

56 Limitatur secundo. Nisi superveniat urgens, ac rationabilis causa revocandi concessionem, & acceptationē; quæ si præsciretur à domino, vel à primo acquirente, talem casum exciperent. Hanc limitationem ponit Rebellus 2. *part. de obligationibus justitiæ lib.* 13. *quæst.* 15. *n.* 7. juxta communem doctrinam, quòd ex simili causa non cogitata revocari possunt donationes, & promissiones ante rei traditionem. At hæc etiam limitatio mihi est valde difficilis, cum cōcessio emphyteutica non sit merè liberalis, sed contractus verè onerosus: illa autē doctrina solùm recipitur in donationibus, & promissionibus gratuitis, & liberalibus. Et præterea, quia alioqui similiter dicendum foret, posse res maioratus alienari à possessore in præjudicium successorum, quando similis necessitas occurreret, quod est inauditum.

Limitatur tertio. Nisi filij vocati essent ad talem Emphyteusim contemplatione patris. Quam limitationem cum Aretino. Ruino, & alijs approbant Valasc. *d. q.* 49. *n.* 8. Caldas *d. cap.* 20. *de extinctione*, *n.* 12. & Brit. *in cap. potuit*, §. 3. *n.* 14. *de locato*. Fundantur, quia quidquid filio causa patris confertur, est profectitium, & ad nutum patris revocabile: totum enim patri acquiritur, §. 1. *Instit. per quas personas nobis acquiratur*, & consequenter potest filio auferri per ipsum patrem, *l. sed si plures*, §. *in arrogato, ff. de vulgari.* In eo autem dissentiunt citati Doctores, quod Valascus, ad hoc ut pater ex hoc capite possit Emphyteusim alienare in præjudiciū filiorum postulat, quod legitimè constet, eam fuisse concessam contemplatione patris, Caldas verò solùm requirit, ut oppositum non constet; quia cum talis Emphyteusis soleat concedi pro liberis nondum natis, vel saltem domino incognitis, præsumitur in dubio concessa esse contemplatione solius patris. 57

Cæterùm hanc etiam limitationem rejiciendā censeo cum Mol. *d. disp.* 478. *n.* 6. Nam esto in patris gratiam cōcessa fuerit Emphyteusis pro filio, tamen non fuit concessa, ut fruenda per filium in vita patris, & ejus permissione, sed ut fruenda post mortem patris, & ex cōcessione dominica; bonum autē, quod aliquis tertius concedit filio in tempus post mortē patris, nō est ut sic cōcessum patri, neq; ut patri reacquiratur, & cōsequenter, neq; profectitium, sed advētitium, licet ob gratiam, & stipulationem patris concessio facta fuerit. Quare non potest talis Emphyteusis censeri profectitia, sed tantū adventitia; in qua proinde neque pater filijs præjudicare 58

eam alienando, cùm planè constet, non posse à patre alienari bona adventitia, filiorum, ut est textus vulgaris *in l. cum à matre, Cod. de rei vendicatione, juncta l. 1. Cod. de bonis maternis*, & utrobique tradunt omnes. Alioqui, si talis Emphyteusis censetur profectitia, & per patrem alienabilis, veniret imputanda in legitimam filij, cui pater eam relinqueret; cujus oppositum probavimus *sect. praecedente*, §. 3. *num.* 23. Adde, quod admisso fundamento prioris sententiæ, solùm ex eo colligitur, posse patrem præjudicare in dicta Emphyteusi filijs, quos in potestate habet, non autem emancipatis, ut statim ex dicendis costabit.

59 Limitatur quarto. Nisi dicta emphyteusis fuerit acquisita ex re, aut pecunia patris. Tunc enim posse per patrem alienari in præjudicium filiorum, cum consensu domini, sentiunt cōmuniter Juristæ, quos latè referunt, ac sequuntur Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. sub n.* 98. Caldas *de extinctione, cap.* 20. *à n.* 15. Valasc. *dicta quæst.* 49. *n.* 7. ubi testatur, ita judicatum fuisse in Senatu hujus regni. Fundamentum est, quia talis Emphyteusis, & omne jus ad illam obtinendam pecunia patris comparatum, est bonum verè profectitium, quod pater censetur filio donasse: quæ autem pater filijs donat, possunt per ipsum patrem revocari, & alienari: non enim ipsis acquiruntur irrevocabiliter, donec donatio per mortem patris confirmetur, *l. donationes, quas parentes, Cod. de donationibus inter virum, & uxorem.* Et ita testatur Caldas *supra n.* 16. omnes, quos eatenùs legerat, unanimiter probare, Emphyteusim sic filijs stipulatam liberè ab eorum patre alienari posse. Advertit tamen cum alijs, hoc intelligi circa filios in patris potestate existentes, non autem porrigi ad emancipatos; cum explorati juris sit, ea, quæ pater donat filijs emancipatis, aut alias ejus potestatem egressis, irrevocabiliter ipsis acquiri, *l. cum de bonis*, 11. *Cod. de donat.* Sed hanc moderationem non admittit Valascus *d. n.* 7. quanvis fateatur tutiùs procedere resolutionem traditam in filijs, qui tempore mortis patris in ejus potestate reperiuntur. Et videtur fundari in Doctrina Bartholi *citato n.* 51. quæ secundùm eundem Valascum procedit, quoties jus quæritur tertio ex beneficio nostro. At cùm hanc Bartholi doctrinam suspectam habeamus, magis placet, quod docet Caldas, quia juri, & Doctoribus magis consonat.

Si autem quæras, quid dicendum, 60
quando pater Emphyteusim emit pro filijs, quos habebat in potestate, & antequam alienaret facti sunt sui juris? Respondent aliqui, non sustineri alienationem postea factam; quia omnes donationes, quas pater fecit filiosfamilias, per emancipationē confirmantur, si antea eas non revocaverat, *l. donationes*, 32. §. *pater, ff. de donationibus.* Hanc sententiam patronos habuisse plurimos hujus regni Senatores testatur Caldas *dicto c.* 20. *num.* 17. Cæterùm ipse Caldas *num.* 18. oppositum verius esse existimavit; & merito, quia donata filio non confirmantur per emancipationem, nisi pater ad traditionem processerit, ut constat *ex l.* 2. *Cod. si quis alteri, vel sibi; & l. sive emancipatis, Cod. de donationibus.* In proposito autem casu supponitur pater Emphyteusim alienasse antequam filio in potestate, aut emancipato, tradidisset: & consequenter nondum filio quæsitum erat jus, quo pater impediretur, ne donationem revocare, & Emphyteusim alienare posset, & sic filio in ea præjudicare absque ulla injuria.

Limitatur quinto, ut non procedat 61
in Emphyteusi accepta pro filio, quem pater nominaverit. Hanc enim posse vendi à patre, antequam aliquis filiorum ad eam nominetur, docet Caldas *de extinctione, cap.* 20. *num.* 39. post

Specu-

Speculatorem, *tit. de locato, §. nunc aliqua, vers. 62. & addition. vers. 78.* Fundamentum est, quia antequam aliquis filiorum nominetur, nulli est quęsitum jus ad talem Emphyteusim, ut probat textus *in l. cum ex pluribus 31. ff. de manumissis testamento*, ibi, *cum ex pluribus eodem nomine servus unus liber esse jussus non appareat, nullus liber est, & in l. si quis, ff. de rebus dubijs*; & tradit in specie Gama *decis. 160. n. 5. prope finem*: quandiu autem nullus habet jus quæsitum pro re aliqua obtinenda, nulli fit injuria in eo, quod talis res alienetur, & jus quærendum in aliquem eventum penitus submoveatur. Confirmatur, quia concessio pro filio, qui nominabitur, tacitam habet conditionem, si nominabitur, ut advertit Molin. *disp. 446. n. 3.* ac relatis multis tradit Caldas, *de nominat. q. 7. n. 6.* & probant omnes *in l. Sthicum, qui meus erit, ff. de legatis, 1. & in l. nuper, ff. de legatis 3.* Ante conditionem autem impletam, nullus filiorum potest prætendere jus, quod per ipsum patrem submoveri non possit; & consequenter nullum filiorum jus obstat, quominus pater de consensu domini talem Emphyteusim alienare possit in eorum præjudicium. Concordat in his Brittus *in cap. potuit, § 3. num. 9. de locato*, pro casu, quo dicta Emphyteusis fuisset concessa, expresso nomine proprio filiorum, ut si dominus uteretur hac forma, tibi, & uni ex duobus filijs tuis Petro, & Simoni, quem nominaveris.

Cæterùm prædicta limitatio mihi videtur difficilis per textum *in l. unum ex familia, 69. §. rogo, ff. de leg. 2.* ubi si hęres gravatus restituere fundum uni ex libertis, quem elegerit, nullo electo moriatur, omnes liberti, qui vivi reperiuntur, fideicommissum petunt. Ex quo textu habetur concessionem factam personæ incertæ de certis, quam primus acquirens nominaverit, non intelligi esse ita conditionalem, ut si nulla ex illis personis nominetur, prorsus respectu earum evanescat, sed solùm, ut nulla earum possit petere totum, nisi nominata sit; si autem nulla sit nominata, omnes censeantur vocatæ per mortem ejus, qui nominare poterat. Juxta quem sensum, qui legitimus est, omnes illæ personæ habent jus quæsitum in eventu, quo habens potestatem nominandi, nulla earum nominata, decesserit: quo jure absq; suo facto privari non possunt, ut ex dictis pro superiori cõclusione constat. Quod si hoc ita se habet in fideicommisso relicto personæ incertæ de certis, quam hæres elegerit, dicendum similiter erit in Emphyteusi concessa pro uno filiorum, quem pater elegerit, cum utrobique res concedatur primo acquirenti cum onere restitutionis personæ incertæ de certis, nec aliter videatur intelligenda voluntas cõcedentis in uno casu, atque in alio. Unde in Foro, quod licet secundùm jus Lusitanum *lib. 4. Ordin. tit. 97. §. 22.* quando pater accepit Emphyteusim pro se, uxore, & uno filio utriusque, vel pro se, & filijs, talis Emphyteusis censeatur concessa cum facultate, ut pater possit ad eam nominare unum ex filijs, quem elegerit, ut notavimus *sect. præced. sub n. 27.* attamen neque de consensu domini potest alienari in præjudicium filiorum, etiam pro solvendis debitis ipsius patris ex sententia judicis, quidquid in oppositum sentiat Brittus *d. §. 3. n. 23.* In eo autem casu prędictam limitationem satis probabiliter admittit cum alijs Valasc. *de jure Emphyt. q. 49. sub n. 12.* quando Emphyteusis esset accepta pro se, & filio, aut filijs nominandis cum clausula, quod non posset alienari absque licentia domini, quod tum videatur concessa facultas alienandi cum consensu domini, & jus quęsitum filio sub tacita conditione, si Emphyteusis non fuerit per patrem alienata.

61 Limitatur sexto. Nisi pater licentiam à Rege obtinuerit ad Emphyteusim

sim alienandam non obstante præjudicio filiorum ad eam vocatorum, ut bene cum alijs idem Caldas *de extinctione, dicto cap. 20. n. 40.* Rex enim potest ex causa submovere jus filijs quæsitum ex concessione dominica, quemadmodum potest ex omnium sententia dare licentiam ad valide alienandam rem maioratus, in præjudicium successorum, non obstante jure ipsis quæsito ex concessione institutoris.

63 Limitatur septimò. Nisi filij consentiant alienationi Emphyteusis, Caldas cum alijs *num.* 41. & Brittus *in cap. potuit*, §. 3. *num.* 7. *de locato.* Tunc enim, si etiam interveniat consensus domini, nihil obstat, quominus sustinenda sit alienatio in præjudicium filiorum, quibus consentientibus nulla fit injuria. Utrùm verò eorum consensus noceat etiam nepotibus, & alijs remotioribus vocatis? Respondetur negativè; possunt enim talem alienationem revocare, ut in simili de alienatione feudi tradunt Boerius *decis.* 12. *num.* 4. Julius Clarus, *lib.* 4. *sententiarum*, §. *feudum*, *quæst.* 42. *num.* 13. & Rolandus *consil.* 2. *num.* 142. cum Baldo, Curtio juniore, & alijs quos refert, & in specie Brittus *dicto* §. 3. *num.* 14. Ratio est aperta, quia omnes vocati ad talem Emphyteusim habent jus quæsitum ex ipsa investitura: tali autem jure neque de consensu domini spoliari possunt, ut ex supradictis constat. Intellige tamen hanc resolutionem de remotioribus vocatis, qui filiorum consentientium hæredes non fuerint, ut Rolandus advertit. Si enim hæredes sint, procedet doctrina sequentis limitationis.

Ponitur, & explicatur alia celebris limitatio prædictæ conclusionis; quod scilicet illa conclusio procedat, nisi filij paternam hæreditatē adeant.

§. III.

SUMMARIUM.

Si filij ad Emphyteusim de providentia vocati paternam hæreditatem adeant, non possunt contravenire alienationi, qua talis Emphyteusis per patrem fuit alienata, licet ea alienatio fuerit nulla. n. 64.

Quomodo intelligendum sit illud axioma, quod is, qui facit actum nullum, potest de ejus nullitate, & revocatione agere? n. 65.

An filij possint contravenire dictæ alienationi, quando sunt hæredes ad beneficium inventarij? n. 66.

Etiam non confecto inventario admittit Pinelus, quod filius hæres potest revocare alienationem tam feudi hæreditarij missæ, quàm ex pacto & providentia à patre alienati. ibidem.

Magis ab Authore probatur, quod filius hæres, etiam cum beneficio inventarij, non potest contraire alienationi Emphyteusis de providentia per patrem alienatæ. n. 67.

Hoc autem intelligitur, quatenus Emphyteusis alienata non excedit vires hæreditatis. ibidem.

Fundamenta contrariæ sententiæ solvuntur. eodem n. 67. fine.

Limitatur octavo prædicta tertia conclusio. Nisi filij paternam hæreditatem adeant. Tunc enim alienationi, qua talis Emphyteusis per patrem fuit alienata, contravenire non possunt, quamvis talis alienatio fuerit nulla. Hæc est probabilior DD. sententia 64

tentia, quam relatis alijs sequitur Caldas *d. c. 20. de extinct. à num. 21.* & Mol. *dicta disp. 478. n. 8. fine, & n. 9.* Tenent etiam in simili de feudo Bald. Martinus Sylvanus, Afflictis, & alij apud Mol. Juristam *lib. 4. de primogen. cap. 1. n. 25.* & idem sentit Julius Clarus, *lib. 4. sententiarum, §. feudum, quaest. 42. num. ultimo.* Fundamentum sumitur ex dicta *l. cum à matre, Cod. de rei venditione*, ubi decernitur filium volentem vendicare rem suam, quam mater in re alienavit, repelli posse, si matri hæres extitit. Qui textus licet maxime procedat, quando scienter talem rem accepisti, attamen idem esse, quando accepisti ignoranter, notavit ibi Glossa per *l. adversus, Cod. eodem.* & constat à fortiori. Idem probat *dicta l. ex qua persona, ff. de regulis juris.* ex qua generaliter habetur, quod *hæres facto defuncti contraire non potest.* Præterea, quando is, in quem pater alienavit, agere poterat de evictione, ut quando Emphyteusim emit ignorãdo spectare irrevocabiliter ad filium; urget efficaciter illa alia regula; quod *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio, l. vendicantem, ff. de evictionibus.* Ex qua ejusmodi conficitur argumentnm. Hæres tenetur de evictione ex contractu, quo defunctus Emphyteusim alienavit: ergo si Emphyteusim alienatam vendicare velit, repelli potest exceptione, & sic impediri, ne Emphyteusim recuperare possit.

65 Dices: Quando alienatio est nulla, posse per ipsummet alienantem, & à fortiori per ejus hæredem revocari, juxta illud generale principium, quod is, *qui facit actum nullum, potest de ejus nullitate, & revocatione agere, l. quemadmodum, Cod. de agricolis, & censitis, lib. 11. l. jubemus, § sane, Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*: ergo, cum alienatio Emphyteusis in prejudicium filij fuerit nulla, posse revocari per ipsum filium, quantumvis hæredem patris alienantis. Respondet Molina Jurista, *supra num. 10.* illud principium intelligi, quando præter ipsum alienantem, vel ejus hæredem nullus est alius, in cujus favorem prohibita sit alienatio, qui eam revocare possit: secus autem quando sunt alij ulteriores, scilicet vocati, qui heredes non fuerunt alienantis, nec alienationi consenserunt. Magis tamen placet Responsio Valasci *consultat. 69. n. 14.* ubi cum alijs dicit illud axioma accipiendum esse in duobus casibus, vel quando nullitas inducta est in favorem ipsiusmet alienantis, ut minoris, Ecclesiæ, & similium: vel quando actus annullatur in favorem publicum, ut etiam notavit Molina *dicto cap. 1. num. 30.* Et de hac alienatione procedit *dicta l. quemadmodum*, ut ibi advertit Glossa *verbo, vendi*, Bartholus, & alij. Quod similiter Doctores notant *in dicta l. jubemus, §. sane.* Vnde non valet consequentia ad casum, de quo loquimur, cùm alienatio Emphyteusis, de qua hic est sermo, non sit prohibita in favorem alienantis, neque in favorem publicum, ut per se constat.

Moderantur multi traditam limitationem, ut non procedat, quando 66 filius est hæres ad beneficium inventarij: tunc enim posse contravenire dictæ alienationi, & Emphyteusim revocare, sentiunt Valascus *de jure Emphyteutico, quaest. 49. num. 5. vers. liquet igitur, post medium*, Gama *decis. 8. num. 3.* Caldas *de nominatione, q. 24. num. 21. & de extinctione, cap. 20. num. 27.* quamvis *num. seq.* fateatur, hoc non procedere sine difficultate, Julius Clarus *lib. 4. sententiarum. §. feudum, quaest. 42. num. ult.* & Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, part. 3. n. 93.* ubi plurimos refert: atque hi duo postremi Doctores idem sentiunt de alienatione feudi mistæ hæreditarij, qui ad extraneos transire nõ potest, in quo cæteris omnibus Doctoribus sup. citatis

contradicunt. Imo Pinelus *n.* 95. apertè sentit, quod etiam non confecto inventario admittendus est filius hæres ad revocandam alienationem tam feudi hæreditarij mistæ, quàm ex pacto & providentia à patre alienati, quod apud alium non reperio. Fundamentum principalis resolutionis est, quia beneficium inventarij conservat hęredi omnia sua jura, & actiones, perinde ac si hæreditatem non adjisset, *l. ultima*, §. *& si præfactam*, *Cod. de jure deliberandi.* Unde cùm filius posset revocare dictam alienationem Emphyteusis de providentia, si patris hæres non extitisset, sequitur quod similiter eam potest revocare, si hæres existat cum beneficio inventarij. Accedit, quod filius dictam Emphyteusim revocat, ut filius, non ut hęres patris: ergo quantumvis hæres existat, id non tollit, quominus illam revocare possit, quatenus est filius; quæ qualitas non destruitur per hoc, quod sit hæres simul. Quod fundamentum probat, etiam non confecto inventario, posse talem Emphyteusim à filio revocari, ut Pinelus admittit.

67 Nihilominus mihi longe probabilius, & in puncto juris pene certum est, non posse à filio patris hærede revocari Emphyteusim, etiam de providentia à patre alienatam, quamvis existat hæres cum beneficio inventarij. Ita loquendo de feudis resolvunt Barthol. Martinus Sylvanus, Afflictis, & alij, quos citat Molina Jurista *dicto cap.* 1. *n.* 25. dicens, hoc verius videri, quamvis id non firmet, & deliberandum relinquat. Idem sentit Valascus *consult.* 52. *n.* 44. ubi carpit multos, quos ibi refert, asserentes, quod filius hæres potest cōfecto inventario infringere alienationem feudi antiqui factam per patrem. Pro nostra etiam resolutione stat re ipsa Caldas *dicto cap.* 20. *de extinct. n.* 29. quatenus cum multis alijs docet, non posse à filio revocari dictam alienationem Emphyteusis, quando tantumdem ex paterna hæreditate cōsequitur. Ratio verò est, quia hæres per beneficium inventarij non liberatur à præstando facto defuncti, sed tantùm ut non teneatur illud præstare ultra vires hæreditatis, seu cum damno proprio, ut Doctores omnes agnoscũt, & constat apertè *ex dicta l. ult.* §. *si præfactam*, *Cod. de jure deliberandi*, ibi, *ne dum lucrum facere sperant, in damnum incidant*: proinde confecto inventario non cessat omnino regula supra tradita, *quod hæres non potest contraire facto defuncti*; sed adhuc stat, quod juxta vires hæreditatis tenetur illud præstare, & consequenter, quod non potest revocare dictam alienationem, quatenus Emphyteusis alienata non excedit valorem bonorum, quæ ex hæreditate alienantis ad eum pervenerunt: quo ad excessum autem illam revocare potest ex beneficio inventarij. Ex quibus patet responsio ad principale fundamẽtum contrariæ sententiæ, quod certè nullius est momenti. Minus verò urget, quod additur ex consideratione filij, qua filij, non qua hæredis: id enim apertissimè excluditur per *d. l. à matre*, *Cod. de rei vendicat.* quæ filium absolutè excludit à revocandis rebus suis alienatis per matrem, cujus hæreditatem adivit; & impertinens, atque contra omnium mentem est dicere, quod solùm excluditur, ne illas revocet, quatenùs hæres matris.

Notantur aliqua circa limitationem §. præcedenti traditam.

§. IV.

SUMMARIUM.

Not. 1. *quod prædicta limitatio non procedit, quando pater Emphyteusim alienasset in fraudem, ne ad filios perveniret: tunc enim aditio hæreditatis eis non obsta-*

obstabit, quominus Emphyteusim vendicare possint. n. 68.

Nota 2. Non obstare similiter filio, esse institutum à patre in re certa, vel quota bonorum, quominus Emphyteusim à patre alienatam vendicare possit, nisi pater expresse declarasset, se id ei relinquere in compensationem pro Emphyteusi. n. 69.

Not. 3. Filium institutum hæredem in sola legitima posse vendicare Emphyteusim de providentia per patrem alienatam, stando in sententia communiori, quæ tenet legitimam esse quotam bonorum: idque licet pater eam filio reliquisset animo compensandi Emphyteusim alienatam. num. 70.

Stando autem in alia sententia probabili, quæ tenet, legitimam esse quotam hæreditatis, dicendum est, non posse filium in ea institutum vendicare Emphyteusim, nec aliam rem suam alienatam per patrem ex contractu oneroso: si tamen filius inventarium fecit, proderit ei, ut non teneatur stare illi alienationi, quatenus res alienata excedit vires hæreditatis. Si autem pater alienavit titulo lucrativo, semper filius in sola legitima institutus eam alienationem revocare potest. numero 71.

Quid dicendum, etiam retenta opinione, quod legitima est quota bonorum, si filius fuit institutus hæres universalis, & adita hæreditate cum beneficio inventarij, nihil illi superest, nisi sola legitima? num. 72.

Not. 4. Quando filius non est hæres in solidum, sed simul cum alijs, non submoveri simpliciter à vendicanda re sua per patrem alienata, sed tantùm pro rata partis, in qua est hæres. n. 73.

Si autem talis filius inventarium fecit, & quota hæreditatis, quæ ad ipsum pervenit, minus valeat, quam similis quota prædij alienati, solùm repellitur à vendicanda portione prædij æqualis valoris quantitati portionis hæreditariæ, ibidem.

Quid, si quota hæreditatis plus valeat, quam similis quota prædij alienati? ibidem.

Not. 5. Quando juxta superiorem notationem filius solùm repellitur à recuperanda parte rei ad se spectantis per patrem alienatæ, æquum esse, ut refuso pretio emptori, etiam pars illa filio demittatur. num. 74.

Id verò limitat Valascus, ut solum procedat, quando res alienata est indivisibilis, ut in hoc regno est Emphyteusis, præterquam in regione interamnensi. ibid.

Not. 6. Etiam retenta opinione, quod filius hæres saltem cum beneficio inventarij potest revocare Emphyteusim de providentia à patre alienatam, non deobligatur talis filius à præstanda evictione ex bonis hæreditarijs. n. 75.

68 ALiqua circa prædictam limitationem sunt notanda, quæ illam non parùm moderantur. Primo igitur nota dictam limitationem non procedere, quando pater Emphyteusim alienasset in fraudem, ne ad filios perveniret: tunc enim aditio hæreditatis illis non obstabit, quominus Emphyteusim vendicare possint, juxta *Authenticum, de nuptijs, §. sed hæc quidem, & l. 2. Cod. si in fraudem patroni*, ubi Bartholus, Baldus, & alij id notant. Tradit, relatis multis alijs, Caldas *de extinctione, cap. 20. n. 24.*

69 Nota secundo. Si filius institutus sit hæres in re certa, vel quota bonorum, dato cohærede universali, qui hæreditatem adeat, nihil id obstare quominus dictam Emphyteusim, aut aliam rem suam à patre alienatam revocare possit, ut cum Glossa *in d. l. cum à matre, verbo, non prohiberis*, & communi sententia advertit Molina Jurista *dicto cap. 1 lib. 4. n. 37.* & Valasc. *consult. 69. n. 6.* Quia tunc censetur filius succedere ut legatarius, & successor particularis, *l. quoties, 13. Cod. de hæredibus instituendis*, neque tenetur de evictione; cùm hoc sit onus hæreditarium, quod tantummodò sequitur hæredem universalem, qui personam defuncti repræsentat: & licet talis successor particularis

ticularis lucrum sentiat ex patre, qui illum sic instituit, tamen dicta regula, *ex qua persona, ff. de regulis juris*, solum procedit de eo, qui sentit commodum jure hereditariæ successionis: neque id, in quo est institutus talis filius, intelligitur illi relictum animo compensandi, nisi defunctus id expresserit, argumento *l. unic. §. primum itaque. vers. sciendum, Cod. de rei uxoria actione*: cui non obstat textus *in l. si cum dotem*, 23. *§. si pater, ff. soluto matrimonio.* ubi pater, qui dotem filiæ indebite exegit, legando illi tantundem, intelligitur fecisse animo compensandi cum dote exacta. Quia dispositio hujus textus procedit, quando debitum procedit ex causa necessaria juxta communem intellectum, ut videre est apud Barbos. *in d. §. si pater, à num.* 2. ubi latè declarat, quommodò in casu ibi proposito pater manserit debitor ex causa necessaria: dispositio autem *d. l. unica, §. primum itaque, vers. sciendum*, procedit quando debitum fuit contractum ex causa voluntaria: & tale est, quod oritur ex alienatione, qua pater Emphyteusim, aut rem aliam ad filium spectantem alienavit. Et sic concluditur, non obstare filio esse institutum in re certa, vel quota bonorum patris, quominus possit vendicare dictam Emphyteusim à patre alienatam, nisi forte pater sufficienter declarasset talem rem, aut quotam à se relictam esse in compensationem Emphyteusis: in quo eventu non posse filium eam Emphyteusim vendicare, docet, relatis multis, Valascus *de quæst.* 49. *n.* 12. cui consonat Caldas, & multi alij, quos refert *d. cap. de extinct. n.* 29.

70 Nota tertio. Si filius institutus sit à patre in sola legitima, dubium esse, an hoc illi obstet, quominus rem suam à patre alienatam vendicare possit? Pro cujus resolutione advertendum est, non satis constare apud Doctores, an legitima sit quota bonorum, quæ computatur post deductum omne æs alienum à patre contractum, vel potius quota hæreditatis, quæ computatur ex omnibus bonis à patre relictis, nulla facta deductione æris alieni? multi enim, ut Bartholus *in l. ex facto*, 35. *n.* 2. *ff. de hæredibus instituendis*, Menoch. *consil.* 1149. *à n.* 9. Valascus *de partit. cap.* 17. *à n.* 4. & alij apud D. Joannem de Carvalho *in cap. Raynaldus p.* 4. *c.* 1. *n.* 16. sentiunt esse quotam bonorum. Alij verò, quos citat, & sequitur Alex. Trentacinc. *tract. de substitution. p.* 1. *c.* 9. *n.* 16. & idem Carvalho *num.* 17. contenduut esse quotam hæreditatis, quod etiam videtur sentire Caldas *de nominat. quæst.* 9. *n.* 9. *& seqq.* Si ergo teneamus sententiam priorum, quæ est communior, dicendum est consequenter, filium institutum in sola legitima vendicare posse Emphyteusim à patre alienatam; siquidem, ut proximè diximus in præcedenti notatione, heres institutus in quota bonorum venire potest contra factum defuncti; & vendicare rem suam à defuncto alienatam. Neque tali filio nocebit illa institutio, etiam si pater declaraverit, se illi relinquere legitimā in compensationem Emphyteusis alienatæ, cum legitima consistens in quota bonorum, quæ remanent post deductum omne æs alienum, non possit imminui, aut gravari per patrem, *l. quoniam in prioribus*, ubi omnes, *Cod. de inofficioso testamento.* Maximè autem gravaretur, si filius non posset eam consequi liberè, sed in compensationem alterius rei ad ipsum aliàs spectantis per patrem alienatæ, ut per se constat.

Stando autem in sententia eorum, 71 qui tenent legitimam cōsistere in quota hæreditatis, resolvendum est non posse filium in ea duntaxat institutum, etiam confecto inventario, vendicare dictam Emphyteusim, aut aliam rem suam alienatam à patre per contractū onerosum, ex quo adversus patrem, & ejus heredes datur actio de evictione; ut quando talis res fuit vendita à patre

patre. Ita Molina Jurista *lib. 4. de primogenijs, cap. 1. n. 26.* Valasc. *d. consult. 69. n. 7.* Covar. *d. cap. 1. n. 20.* & alii, quos referunt; estque communis sententia, quamvis aliqui oppositum sentiant, ut Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 80.* Molina Theolog. *disp. 216. n. 24.* & alij apud ipsos. Ratio est, quia tali filio volenti vendicare rem suam à patre alienatam, obstat regula *dicta l. vendicantem, 17. ff. de evictionibus, Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.* Neque obstat, quod filius non potest gravari in legitima, & magnum esset gravamen; si ex eo, quod legitimam acceptet, non possit revocare res suas per patrem alienatas; quo argumento utuntur adversarij. Nam respondet bene Valascus, & Carvalho *supra,* hoc intelligi de onere legatorum, conditionum, & similium gravaminum, non verò de onere creditorum, quibus pater erat obstrictus, cùm hi præferantur filijs institutis in legitima, ut per *l. Papinianus, §. quarta, ff. de inofficioso testamento.* Et licet filius inventarium confecerit, solùm per hoc liberatur, ut non solvat ultra quam ex hæreditate consequutus est; quia inventarium non prodest hæredibus ad lucrandum, sed tantùm ad vitandum damnum, ut per Bartholum, & omnes, *in l. ult. §. & si præfatam, & §. in computatione, Cod. de jure deliberandi.* Si autem pater rem alienasset titulo lucrativo, ut donatione, tunc filius in sola legitima institutus eam revocare potest, ut bene advertit Valascus *num. 8.* quia legitima præfertur donationibus paternis, nec propter illas minuitur: unde quando illam contigerint, revocandæ sunt.

72 His adde, idem dicendum fore etiam retenta priori opinione, quod legitima est quota bonorum, quando filius institutus est hæres universalis, & addita hęreditate cum beneficio inventarij, nihil illi superest, nisi sola legitima. In qua specie ita docet Valascus *d. consult. 69. n. 7.* post Molinam Juristam *d. cap. 1. num. 26.* & plures alios, quos refert. Ratio est, quia, cùm sit hæres universalis, subit onera, & obligationes patris defuncti cujus personam repręsentat; & ideò, si velit vendicare Emphyteusim, quam pater alienavit cum obligatione præstandi evictionem, obstabit illi prædicta regula, *Quem de evictione tenet actio, &c.* Et solùm ei proderit inventarium, ad hoc, ut non teneatur stare tali alienationi, nisi quatenus res alienata non excedit valorem bonorum, quæ ex paterna hæreditate ad ipsum pervenerunt. Quando autem res alienata esset, sine obligatione præstandi evictionem, tunc filius in casu proposito rem totam vendicare potest. Si verò aliquid ei supersit ultra legitimam repelletur à vendicando eatenùs tantùm, quatenùs reperitur habere ultra legitimam, ut tradit Molina Theol. *d. disp. 478. n. 11.* post Jacobinum Ancarranum, Imolam, & alios, quos refert Valascus *d. consult. 69. n. 10.* quamvis idem Valasc. cum alijs ibidem citatis teneat, quod talis filius habens ultra legitimam repelletur à vendicando pro tota parte, in qua est hæres; & sic etiam pro legitima, & non solo eo, quod ultra legitimam consequutus est: quæ opinio mihi valde displicet.

Nota quarto. Quando filius non est hæres in solidum, sed simul cum alijs, non submoveri simpliciter à revocanda re sua per patrem alienata, sed tantùm pro rata partis, in qua est hæres: ut si tantùm sit institutus in tertia parte hæreditatis, submoveri tantũ à revocanda tertia parte sui prædij à patre alienati, ut per *d. l. cum à matre, Cod. de rei vendicat.* ibi, *pro qua portione*, ubi Glossa, & communiter scribentes. Quando autem talis hæres inventarium confecit, non solùm debet attendi quota hæreditatis, in qua est institutus, sed etiam quantitas bonorum, quæ ad ipsum pervenerunt, ad hunc 73

scili-

scilicet effectum, ut si quota hæreditatis minus valeat, quam similis quota prædij alienati, non repellatur hæres à tota illa quota prædij, sed solùm à portione æqualis valoris quantitati portionis hæreditariæ, ut si hæres sit institutus in quarta parte hæreditatis, quæ pars æstimetur quinquaginta aureis, & quarta pars prædij alienati æstimetur centum aureis, solùm repellatur talis hæres à vendicanda portione prædij æstimationis quinquaginta aureorum, non verò à tota quarta parte, quæ pluris æstimatur. Sic Pinelus *in l. 1. Cod. de bonis maternis*, *p. 3. num. 79. vers. eadem conclusio pro hæreditaria*, Molina Jurista *dicto cap. 11 num. 24.* Molina Theolog. *disp. 216. n. 21.* & cæteri communiter post Glossam *in dicta l. cùm à matre.* Ratio est, quia inventarium servat hæredem omninò indemnem, ut non in plus gravetur, quam honoratur; ut ex dictis constat. Quando autem quota hæreditatis superaverit similem quotam prædij alienati, tunc non inspicitur quantitas, sed quotitas portionis hæreditariæ, quæ ad hæredem pervenit: ut si institutus sit in tertia hæreditatis parte, quæ æstimetur mille aureis, & tertia pars prædij alienati solùm æstimetur centum aureis, solùm repelletur ab ea tertia parte prædij, licet inventarium conficiat, quia ut non repræsentat defunctum, nisi in tertia parte hæreditatis, ita neque tenetur ad onera illius, nisi quo ad tertiam partem. Ita Pinelus *dicto n. 80. vers. aliud etiam*, & Mol. Theolog. *sup. num. 21.* quamvis contrarium docuerit Valascus *consultat. 52. num. 45. fine*, ubi immeritò in Pinelum invehitur. Quæ omnia, suppositis principijs supra traditis, cum proportione militant in Emphyteusi de providentia per patrem alienata in præjudicium filij ad eam vocati, ut in specie advertit Molina Theolog. *disp. 478. n. 11.*

74 Nota quinto. Quando juxta proximè dicta filius tantummodò repellitur à recuperanda parte rei ad se spectantis per patrem alienatæ; æquum videri, & conforme juris præceptis, ut refuso pretio emptori, etiam pars illa filio demittatur, & ita postulari posse à judice, ut cogat emptorem eam demittere, ut advertit Pinelus *in l. 1. C. de bonis maternis, p. 3. n. 80. vers. ex his autem*, ne filius, ad quem tota res spectabat, invitus incidat in societatem, contra *l. si convenit, 14. ff. pro socio*, & quia res de facili ad suam originem trahitur, ut *l. si unus, §. pactus, ff. de pactis.* Cæterùm Valascus *d. consult. 69. n. 17.* hanc Pineli opinionem tunc solum admittendam censet, quando res esset individua, ita quod in una tantùm persona debeat consistere. Unde, cùm Emphyteusis in hoc regno dividi non possit, nisi per æstimationem juxta Ordinationem regiam *lib. 4. tit. 36. §. 1. & tit. 96. §. 23.* docet consequenter idem Valascus, si pater venderet Emphyteusim ad filium spectantem, & filius pro parte, qua non est hæres, illã vendicaret, æquius, & juri consonantius esse, ut tota incapitetur in persona filij; & ita se vidisse judicatum per gravissimos Senatores. Ubi autem ex præscripta saltem consuetudine realis divisio in Emphyteusibus permittitur, ut in regione Interamnensi, & in alijs quibusdam partibus hujus regni, non poterit talis filius, secundùm eundem Valascum, revocare partem respondentem quotæ, & quantitati, in qua est hæres. Secus autem secundùm Pinelum, cujus opinio non displicet.

Nota sexto, & ultimo, quod retenta eorum opinione, qui tenent posse 75 filium hæredem, saltem cum beneficio inventarij, revocare dictam Emphyteusim de providentia à patre alienatam, non deobligatur talis filius à præstanda evictione ex bonis hæreditarijs, quando Emphyteusis fuit alienata titulo venditionis, aut alio simili, ex quo pater de evictione tenebatur,

cùm

cùm omnis ejuſmodi obligatio ad hæredes devoluatur, ut apud omnes conſtat, & advertit in ſpecie Rebellus, 2. *p. lib. 13. q. 15. n. 6.*

Statuitur ultima concluſio pro caſu, quo pater incidendo in commiſſum præjudicat filijs in ſucceſſione Emphyteuſis.

§. V.

76 QVarta concluſio. Pater committendo aliquid, ex quo incidit in pænam commiſſi, præjudicat filijs in quavis Emphyteuſi, licet ſit ex pacto & providentia. Ita Valaſcus *quæſt. 49. de jure emphyteutico, num. 2.* Molina *dicta diſput. 478. num. ultimo*, Brittus *in cap. potuit, §. 4. num. 16. de locato*, & cæteri communiter. Ratio eſt, quia qualiſcumque ſit Emphyteuſis, accipitur ſub ea lege, & conditione, ſi poſſeſſor eam alienet, inconſulto domino, vel canonem non ſoluat, aut aliud quidpiam faciat, propter quod pæna commiſſi jure, aut conſuetudine conſtituta eſt, Emphyteuſis devoluatur ad dominum; & ſic tam ipſe poſſeſſor, quam cæteri omnes, pro quibus conceſſa eſt, ea in perpetuum priventur. Nec obſtat, quod hinc ſequatur in manu patris eſſe, filios Emphyteuſi fraudare. Nam pater non creditur id facturus, cùm nemo melius conſilium pro liberis capiat, quam pater, *l. nec in ea, in fine, ff. ad leg. Iuliam, de adulterijs, l. ſi furioſo puberi, in fine, ff. de curatoribus furioſo.* Si tamen conſtiterit, patrem doloſè egiſſe; ut filijs præjudicaret, credunt citati Doctores non debere id filijs nocere, quia fraudibus modis omnibus obviandum eſt, *l. in fundo, ff. de rei vendicatione.*

SECTIO QUARTA.

Vtrùm ad ſuccedendum in Emphyteuſim admittatur repræſentatio?

SVMMARIVM.

Repræſentatio, ut hic accipitur, eſt quædam fictio juris, qua quis fingitur obtinere locum alterius jam demortui ad effectum ſuccedendi in bonis, in quibus ille ſuccederet, & excludendi, quos ille excluderet, ſi eſſet vivus. n. 77.

Ad ſuccedendum, tum aſcendentibus, tum tranſverſalibus, ſeu collateralibus, in bonis, quæ ab inteſtato deferuntur, conceditur jure communi beneficium repræſentationis; cùm hoc tamen diſcrimine, quod ad ſuccedendum aſcendentibus conceditur hoc beneficium deſcendentibus in infinitum: in ſucceſſione autem collateralium, ſolùm conceditur filijs fratris ad ſuccedendum patruo, cui eorum pater ſuccederet, ſi vivus eſſet. eod. n. 77. & 78.

Iura dictam repræſentationem collateralibus concedentia ſunt correctoria juris antiquioris. n. 78.

Leges repræſentationem admittentes in linea tranſverſali, præcipuè favent filijs fratrum, quando cum eis concurrit aliquis eorum patruus frater defuncti. eodem n. 78.

PRo plena hujus quæſtionis explicatione aliqua ſunt præmittenda circa beneficium repræ- 77
ſentationis in generali. Quod, prout hic accipitur, nihil eſt aliud, quam quædam fictio juris, qua quis fingitur obtinere locum alterius jam demortui, ad effectum ſuccedendi in bonis, in quibus ille ſuccederet, & excludendi à ſucceſſione, quos ille excluderet, ſi eſſet vivus. Hac igitur in re citra controverſiam conſtat, ad ſuccedendum tum aſcendentibus, tum tranſverſalibus, ſeu collateralibus, in bonis, quæ ab inteſtato deferuntur, concedi jure communi dictum beneficium

repræsentationis; cùm hoc tamen discrimine, quod ad succedendum ascendentibus conceditur hoc beneficium descendentibus in infinitum: ut si verbi gratia. Petrus decesserit in vita patris sui, relictis filijs, hi repræsentant ipsum Petrum ad effectum succedendi in hæreditate avi; sicut ipse Petrus succederet, si vivus esset: & si hi etiam relictis filijs, decedant vivente avo, pari modo gaudeant eorum filij beneficio repræsentationis, & sic in cæteris descendentibus in infinitum ad effectum succedendi in hæreditate proavi, abavi, tritavi, & cæt. in qua Petrus successurus erat, & excludendi, quos ille excluderet, si vivus esset tempore mortis talis ascendentis. In successione autem collateralium (qualis est, cùm fratres, vel eorum descendentes succedunt fratri, aut patruo defuncto) non conceditur hoc beneficium, nisi tantùm filijs fratrum, ita quod hi tantum, & non eorum filij, alij ve descendentes repræsentent patrem suum ad effectum obtinendi hæreditatem patrui, in qua eorum pater succederet, si vivus esset, & excludendi ab ea, quos ille exclusurus erat.

78 Concordant in his Doctores omnes. Et verò quod attinet ad repræsentationem admissam in linea descendentium in infinitum, modo explicato, habetur *§. cùm filius*, *& §. ultimo, Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, *& Authentica, in successione, Cod. de suis, & legitimis hæredibus*. Et quod attinet ad repræsentationem in linea transversali concessam filijs fratrum, habetur *Authentico, de hæredibus ab intestato, §. si igitur, vers. hujusmodi verò*, & alijs juribus. Quæ quidem jura sunt correctoria juris antiquioris, quo olim filij fratrum excludebantur ab hæreditate patrui defuncti, quando cum eis concurrebat alius patruus frater defuncti; qui patruus eos excludebat, quia erant uno gradu remotiores respectu patrui defuncti; nec ingrediebantur locum patris, fratris ejusdem defuncti, cùm repræsentatio non admitteretur: constat hoc *ex l. lege duodecim tabularum, vers. his etenim, Cod. de legitimis hæredibus, & §. hæc etiam. Instit. de legitima agnatorum successione*. Quando autem cum fratrum filijs non concurrebat aliquis eorum patruus frater defuncti, dividebatur inter eos hæreditas talis defuncti per capita, & non per stirpes, & repræsentationem patrum, *l. 2. §. hæc hæreditas, ff. de suis*. Vnde prædictæ leges repræsentationem admittentes in linea transversali, præcipuè favent filijs fratrum in casu, quo cum eis concurrit aliquis eorum patruus frater defuncti, cùm solùm in tali casu ab ejus hæreditate antea excluderentur.

An beneficium repræsentationis, quod prædictæ leges concedunt filijs fratrum, locum habeat quando cum eis non concurrit patruus frater defuncti?

§. I.

SUMMARIUM.

Partem negativam, qui teneant, & quibus fundamentis? n. 79.

Contraria sententia præfertur, multique Doctores pro ea citantur, ac speciatim ostenditur, pro ea stare Accursium, esseque tenendam in hoc regno. n. 80.

Ponuntur fundamenta hujus secundæ sententiæ. n. 81.

Solvitur fundamentum prioris sententiæ. n. 82.

Ostenditur speciatim, quod per Ordinationem Lusitanam non excluduntur filij fratrum ne per repræsentationem, & in stirpes, succedant in bonis patrui, quando cum eis

eis non concurrit alius patruus frater defuncti. n. 83.

79 Est autem non levis quæstio, an beneficium repræsentationis, quod prædictæ leges concedunt filijs fratrum, locum habeat, quãdo cum eis non concurrit patruus frater defuncti: ita ut etiam in tali casu succedere debeant in stirpes, & non in capita? Negant Azor *in summa, C. de legitimis hæredibus*; Covar. plures referens *in Epitome, de successión. ab intestato, num.* 8. Mol. Theol. *tomo* 1. *disp.* 164. *post* 8. *conclus. num.* 12. *& tomo* 5. *p.* 1. *disp.* 626. *num.* 1. *§. verum autem*, & alij, qui pro se allegant Accursium *in §. hoc etiam, verbo, superstites, Instit. de legitima agnatorum successione*, dicitque Valascus *tract. de iure emphyt. quæst.* 50. *num.* 3. hanc esse crebriorem modernorum sententiam. Fundamentum est, quia quod filij fratrum succedant in stirpes patruo defuncto, est privilegium illis concessum contra jus antiquum, quod proinde extendi non debet ultra casus, in quibus jus novum illud concedit: jus autem novum illud tantummodò concedit, quando patruus cum eis concurrit, ut videre est in *dict. Authent. de hæredib. ab intestato, §. si igitur* 2. *vers. hujusmodi v ro*, ibi, *sed & ipsis fratrum filijs tunc hoc beneficium conferimus, quando cum proprijs vocantur Thiois* (vulgo Tios) *masculis, & fœminis, sive paterni, sive materni sint*. Vbi particula, *tunc*, denotat limitationem ad illum casum cum exclusione aliorum. Nec obstat, quod alij textus sine hac limitatione reperiuntur: nam per hunc, qui capitalis est, debent intelligi cum illa, ne correctio juris adeo manifesti sine contrario textu expresse inducatur. Idem probatur ex alio sequenti *vers.* ibi, *Quandoquidem fratris, & sororis filijs tale privilegium dedimus, ut in proprium parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu, cum ijs, qui in secundo gradu sunt, ad hæreditatem vocentur*. Denique pro hac parte stant leges Castellæ, tum antiquæ, tum novæ, prout eas refert Mol. *d. disp.* 164. *num.* 14. Et quod magis nos movere debet, hoc ipsum videtur probari jure Lusitano *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 91. §. 2. ubi in quodam casu ibi relato non admittuntur filij fratrum ad bona patrui defuncti, nisi concurrente simul cum eis alio patruo fratre defuncti.

Contrariam nihilominus sententiam tenet merito Glossa Accursij *in l.* 1. *§. ult. verbo, utpotè, & verbo, vendicationem, ff. si pars hæreditatis petatur, & in dicta l. lege duodecim tabularum, Glossa ultima, & in Authentica cessante, verbo, in stirpes, Cod. de legitimis hæredibus, & Authentico, de hæredibus ab intestato, §. si igitur,* 2. *vers. si autem, verbo, fratres*, & Bartholus *in omnibus prædictis locis, & in l.* 2. *§. hæc hæreditas, ff. de suis, & in l. liberorum, num.* 15. *ff. de verborum significatione, & consil.* 173. *lib.* 1. ubi ait se vidisse pro hac parte consilia Accursij. 80
Qui duo Authores maximæ sunt authoritatis, præsertim in hoc regno, cum *lib.* 3. *Ordin. tit.* 64. §. 1. habeatur, ut quando res non fuerit decisa per legem, stylum, aut consuetudinem regni, neque per jus commune, serventur Glossæ Accursii, quæ communi Doctorum opinione reprobatæ non fuerint; & his deficientibus, servetur opinio Bartholi, si communi aliorum Doctorum sententiæ contraria non fuerit, licet aliqui ei contradicant. Neque Accursius loco pro priori sententia allegato, sibi, aut nobis est contrarius: nam eo loco absolutè nostram sententiam tradit, & postea pro uberiori doctrina contrariam ponit, dicendo sub disiunctione, *vel dic*, & cæt. Quod non est satis, ut credamus eam magis probare, cum tot alijs locis ab ea recedat. Imo ipsemet postea hoc ipsum declaravit; nam *in dicta l. lege duodecim tabularum, Glossa ultima*, tradens sen-

sententiam, quam hîc sequimur, se ipsum remittit ad prædictum locum, ibi, *& dixi*, *Instit. de legitima agnatorum successione*. Quo planè ostendit, etiam illic se magis nostram sententiam probasse, licet eam primo loco posuerit. Sequuntur hanc eandem sententiam permulti Doctores, ex quibus duodecim, quos refert Tiraquelus *de retract. lignagier*, §. 11. *Glossa* 12. *num.* 5. eam dicunt communem, & Molina Jurista *lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 21. hoc ipsum sentit, considerato tantùm jure communi; quamvis *n.* 22, propter contrariam dispositionem in legibus partitarum regni. Castellæ in oppositum deflectat. Eandem sententiam sequitur Antonius Gomes *ad l.* 8. *Tauri*, *num.* 12. & Valascus *dicta quæst.* 50. *num.* 3.

81 Probatur primo, quia *in dict. Authentico, de hæredibus ab intestato*, §. *si igitur*, 2. conceditur filijs fratrum privilegium repræsentationis his verbis: *Privilegium præbemus fratrum masculorum, & fæminarum filijs, aut filiabus, ut in suorum parentum jura succedant.* Sed jus parentum ad succedendum in bonis fratrum defunctorum non pendet ex eo, quod simul concurrat alius frater: ergo etiam jus filiorum à tali concursu non pendet, cum in idem prorsus jus succedant. Secundo, quia *eodem Authentico, dicto* §. *si igitur, in fine, & Authentica, post fratres*, 1. *Cod. de legitimis hæredibus*, quando filij fratrum tantummodò concurrunt cum patruis, vel avunculis patrui defuncti qui respectu filiorum fratris dicuntur patrui, & avunculi magni, admittuntur ipsi filij fratrum ad totam hæreditatem patrui defuncti, illis alijs patruis, & avunculis omnino exclusis, eo quod ex beneficio repræsentationis obtinent locum parentum, qui patruos illos excluderent. Vbi vides beneficium repræsentationis filijs fratrum concessum non pendere ex eo quod concurrant cum aliquo Thio fratre defuncti. Tertio, quia *d. Authent. de hæredib. ab intestato*, §. *si verò neque fratres*, & *Authentica*, *post fratres*, 2. habetur, si defunctus non reliquerit fratres, neque fratrum filios, cæteri agnati, & cognati remotiores, secundum gradus prærogativam, ei succedant in capita, & non in stirpes. Vnde à contrario sensu efficaciter colligitur, quod quando reliquerit filios fratrũ, sive solos, sive simul cum aliquo fratre, debent ei succedere in stirpes, atque adeo per repræsentationem patrum defunctorũ. Quarto denique, quia in linea descendentium succeditur per repræsentationem, etiam quando nepotes non concurrunt cum patruo filio sui avi, ut constat *ex l.* 2. *& Authentica, in successione, C. de legitimis hæredibus, & d.* §. *cum filius, Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*; notantque ibi communiter DD. ergo idem dicendum in successione collateralium, in qua fuit concessa repræsentatio ad exemplum descẽdentium; cum ea tantum limitatione, ut ultra filios fratrum non protenderetur. Et sane eadem æquitatis ratio utrobique postulat, ut filij, qui parentum personam repræsentant, locum eorum obtineant ad succedendum in hæreditate, in quam illi successuri erant, si viverent.

Ad fundamentum contrariæ sentẽtiæ respondetur, propterea *in dict. Authentico, de hæredibus ab intestato*, exprimi, quod privilegium repræsentationis tunc conceditur filijs fratrum, quãdo concurrunt cum patruo fratre defuncti; quia cùm antea secundùm jus antiquius, fratrum filij per patruum excluderentur, specialis in eo casu erat difficultas, & ideo necessarium, aut saltem conveniens fuit, ut exprimeretur, ac pro tali casu præsertim intelligeretur repræsentatio fratrum filijs concessa, ut locum patrum obtinerent. Quod legibus Castellæ hac in re constitutum est, solum habet locum in regnis Hispaniarum, ubi illæ leges vigent. 82

Ad id verò quod affertur ex Ord. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 91. §. 2. respondetur, in ea 83

ea lege non contineri casum, in quo fratrum filij succedant patruo defuncto per repræsentationem patrum: quia repræsentatio tam respectu ascendentium, quàm transversalium, solùm fuit concessa in successionibus hæreditarijs; quando scilicet agitur de succedendo ab intestato ascédentibus, vel patruis, ut constat ex juribus *n. 78. allegatis*: in casu autem, quo prędicta lex non admittit fratrum filios ad bona patrui defuncti, nisi concurrente simul alio patrûo fratre defuncti, non agitur de successione hæreditaria, sed de acquisitione illorum bonorum ex dispositione illius legis.

Disponit enim lex illa, ut si filius patre orbatus ab intestatò decedat, non relictis descendentibus, vivente adhuc ejus matre, hæc illi succedat in tota hæreditate: at si ille habebat bona ex patrimonio, vel hæreditate patris, aut avi paterni, & mater nupserit alteri viro, vel jam nupta esset, quando filius decessit, tunc si alios filios habuerit fratres illius defuncti, solum obtineat usumfructum illorum bonorum; reservata proprietate filijs prioris matrimonij, qui post ejus mortem vivi fuerint. Quæ reservatio est etiam de jure communi, per *Authent. de nupt. §. hinc nos, vers. si autem intestatus, collat. 9. & l. feminæ, 3. §. illud, Cod. de secun. nupt.* Addit verò d. lex Lusitana, si tempore, quo mater decesserit, jam alius ex filijs prioris matrimonij fuerit mortuus, relicto aliquo filio, is filius concurrente simul aliquo patruo fratre defunctorum, succedat in prædictis bonis simul cum tali patruo: si autem nullus jam supersit filius ex primo matrimonio, tunc locum non habeat dispositio hujus legis, quamvis supersint nepotes relicti ex aliquo filiorum prioris matrimonij: in quo dicta lex discordat à jure communi, juxta quod eadem erat illius matris obligatio, quando solùm ei superessent filij prioris matrimonij, atque quando tantum superessent nepotes, aut pronepotes, vel nepotes, & filij simul; ut significat textus *in d. §. illud*, ibi, *quod si nullam ex priore matrimonio habuerit successionem, juncta l. in quibus, 7. & l. seq. in princip. Cod. de se. nu. nupt.* & tradunt post alios Anton. Gabriel. *lib. 3. communium, tit. de secun. nupt. concl. 1. n. 8. & 9.* & Bursat. *consil. 12. num. 9.*

Constat autem, quod dum supradictæ leges reservant dicta bona præfatis descendentibus illius mulieris ad secunda vota transeuntis non intelligunt, neque admittunt, quod tales descendentes succedant in dictis bonis jure hæreditario, seu tanquam hæredes illius fratris, vel patrui, qui vivente matre sine liberis decessit. Nam si ille mortuus sit ante transitum matris ad secunda vota, statim mater illi ab intestato succedit tanquàm propria hæres vel in omnibus ejus bonis, ut dicta Ordinatio Lusitan. disponit, vel in parte bonorum, ut disponit jus commune *in d. §. hinc nos, vers. si autem intestatus, Auth. de nuptijs*; & quandó postea, transit ad secundas nuptias, proprietatem talium bonorum amittit prædictis suis descendentibus superstitibus, ut notat Sanches *lib. 7. de matrim. disp. 89. num. 18.* & constat apertè ex prædictis legibus, & ex alijs, quas affert idem Sanch. *loco cit. num. 2.* planumque est, quod tunc non acquirunt illi descendentes eam proprietatem, ut hæredes illius filij, cui mater jam in tali proprietate jure hæreditario successerat, sed ex dispositione legum, quæ ob injuriam priori viro, & filijs ex eo susceptis irrogatam per transitum ad secundas nuptias, matrem privant proprietate omnium bonorum, quæ vel immediatè, vel mediante successione filij ab intestato decedentis, ex substantia prioris viri acquisivit, ut cum communi notavit Sanch. *supra d. num. 2. & n. 22.* Et hinc similiter dicendum, quando ille filius obijt postquam

mater ad secundas nuptias transierat; siquidem tunc etiam mater est hæres talis filij ab intestato, & solùm ex dispositione prædictarum legum ob rationem assignatam proprietas illorũ bonorum illi denegatur, & alijs ejus liberis ex primo matrimonio applicatur.

Confirmatur, quia quando mulier per transitum ad secunda vota amittit filijs primi matrimonij bona, quæ immediatè ad ipsam pervenerunt ex priore viro, non deferuntur ea bona dictis filijs jure hæreditario, seu tanquam hæredibus, ut notant Baldus *in l. generaliter*, 5. §. *in his*, *Cod. de secun. nupt.* & Pinelus *in l.* 1. *Cod. de bonis maternis. part.* 1. *num.* 38. & constat certissime per *Authent. hæres*, *Cod. de secun. nupt.* ubi habetur, quod illa bona cedant liberis primi matrimonij, licet non sint hæredes patris, vel matris, aut utriusque; ut quia hæreditati renunciarunt; cujus decisionis reddit rationem Sanches *dicta disp.* 89. *num.* 25. quia renunciatio hæreditatis solùm tollit successionem ratione sanguinis: illa verò bona debentur filijs ex dispositione legis. Unde advertit bene Bald. cit. dicta bona devenire ad filios instar Emphyteusis non hæreditariæ pro liberis concessæ, quæ non devenit ad illos ut hæredes, sed ut vocatos in ipsa concessione. Eadem autem est ratio, & legum dispositio in bonis, quæ mediante successione filij ab intestato decedentis ad matrem devenerunt ex substantia prioris viri; quæ proinde non jure hæreditario, sed ex legis præscripto liberis prioris matrimonij deferuntur. Et sic non sumus, nec loquitur d. Ordin. Lusit. in casu, quo ex repræsentatione succedatur, sed solùm ex legis dispositione.

Accedit, quòd per leges Codicis non admittebatur beneficium repræsentationis in linea collaterali, ut probat text. *in l. his etenim*, *C. de legit. hæred.* & §. *hoc etiam*, *Inst. de leg. agn. successio.* sed fuit tale beneficium inductum per posteriores leges Authenticorũ, ut constat ex adductis *n.* 78. Unde cùm per ipsas leges Codicis consobrini concurrant cum patruis ad participandum de bonis patrui prædefuncti, quibus ejus mater ob transitum ad secũda vota privatur, planum est id non fieri ex beneficio repræsentationis, quod tunc temporis nondum erat concessum, sed ex dispositione ipsarum legum, quas Ordinat. Lusit. hac in parte secuta est, quin uteretur ullo verbo, quod repręsentationem importaret. Adde, quod neque per jus Authenticorum concessa fuit repręsentatio in linea collaterali ultra filios fratrum: per dictas autem ll. Codicis fuit in nostro casu concessum, ut non solùm filij fratrũ admitterentur ad dicta bona patrui defuncti, sed etiam nepotes, & pronepotes, ut ex dictis cõstat. Unde patet, quod prædictus concursus non fuit admissus ex repræsentatione: & consequẽter, quod neque in d. Ordinat. Lusit. de illa agitur. Si autẽ illa Ordinatio admittendo hunc concursum consobrinorum cum patruo nõ innititur repręsentatione, intelligi nequit, quod excludendo ibidẽ consobrinos, quando non concurrunt cum patruo, id faciat eo quod repræsentionẽ, çis denegaverit, sed quia noluit favere nepotibus primi matrimonij, quando non concurrent cum filio, discedendo quantum ad hoc à jure communi.

Vtrùm prædicta repræsentatio admittatur respectu bonorum impartibilium, quæ in una tantùm persona consistere debent?

§. II.

SUMMARIUM.

Prima sententia negat, & ejus fundamenta proponuntur. n. 34. *& seqq.*

Quando ad successionem vocatur persona,

na habens certam aliquam qualitatem, debet intelligi de habente talem qualitatem verè, & realiter; non autem per fictionem, aut repræsentationem. n. 86.

Hoc autem excluditur infra. n. 102.

Præfertur sententia affirmans admitti repræsentationem etiam respectu bonorum impartibilium. Et quotuplicia sint ejusmodi bona? n. 87.

Emphyteusis concessa pro descendentibus hæredibus, cum clausula, ut semper deferatur propinquiori maiori natu, est hæreditaria, & omninò impartibilis. d. n. 87.

Dicta repræsentatio habet locum respectu bonorum indivisibilium realiter, divisibilium autem per æstimationem. n. 88.

Hoc autem solùm procedit citra dubium, quando talia bona sunt hæreditaria; si enim deferantur ex pacto & providentia, res est controversa. n. 89.

In bonis omnino indivisilibus, quæ jure hæreditario deferuntur, habet locum dicta repræsentatio. n. 90.

84 Controverti præterea solet, utrùm prædicta repræsentatio admittatur respectu bonorum impartibilium, quæ in una tantum persona consistere debent, ita ut filius patrem repræsentans omnino excludat ab eorum successione patruum, & omnes alios, quos pater, si viveret exclusurus erat? Negat Molina Theol. *tom. 3. p. 1. disp. 632. sub n. 5. vers. adde esto*, & Gama, licet subobscurius loquatur; *decis. 174. n. 5.* & latius *decis. 307. in n. 16.* ubi alios refert. Fundamentum est primo, quia jus novum introducendo repræsentationem non intendit ita favere consobrinis, ut excluderent omnino patruos, à quibus antea excludebantur, sed tantùm, ut illis proportionaliter æquarentur, succedendo cum illis in hæreditatem avi, aut patrui, sicut eorum parentes, si viverent, successuri erant, ut colligitur *ex dicto §. cum filius, Instit. de hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur*, ibi; *pariter ad hæreditatem avi vocantur*; & *ex l. ut intestato, Cod. de suis, & legitimis hæredibus*, ibi, *pariter succedant*. Si autem repræsentatio locum etiam haberet respectu bonorum impartibilium, non æquarentur per illam consobrini cum patruis, sed illis omnino præferrentur, siquidem eos in solidum excluderent à successione talium bonorum, ut patet.

85 Secundo, quia leges repræsentationem admittentes fundantur in æquitate, ut patet *ex dicto §. cum filius*, ibi; *aequum enim; & ex l. 1. §. si filius, ff. de suis, & legitimis hæredibus*, ibi, *quod naturali æquitate contingit*. Æquum autèm non est, imo iniquum, ut nepotes, & consobrini excludant omninò patruos; cùm hi sint re ipsa uno gradu proximiores ascendenti, aut patruo, cui succedendum est; neque fictio, qua nepotes, & consobrini considerantur in eodem gradu ratione parentum, quos repræsentant, prævalere debeat veritati, quæ pro patruis stat.

86 Tertio denique, quia ad succedendum in bonis impartibilibus regulariter vocantur habentes certam aliquam qualitatem, aut conditionem personalem, quam nepotes, & consobrini non habent, neque per repræsentationem suorum parentum consequi possunt: ut quando ad talia bona vocatur filius senior, qui tempore mortis patris vivus reperitur; vel masculus, qui proximior fuerit ultimo possessori, & similes: sic enim ad successionem maioratûs, vocatur filius maior natu ultimi possessoris; & deficientibus filijs, proximior agnatus, aut cognatus: patet autem, quod nemo per repræsentationem patris assequitur, quod sit filius maior natu respectu sui avi; neque quod sit masculus, cùm in se sit fæmina; neque quod sit proximior, cum re vera sit in gradu remotiori. Quòd si dicas, sufficere, quod pater illis supradictis qualitatibus affectus esset, ut filius eum repræsentans eas habere censeatur, ad

effectum succedendi in prædictis bonis, quemadmodum ejus pater succederet, & ad excludendum, quos ille excluderet. In contrarium stat, quod ejusmodi qualitates postulantur ex dispositione hominis, qui talia bona concessit: homo autem intelligitur respicere ad rei veritatem, non ad fictionem: disponit enim ex peculiari affectione erga personam talibus qualitatibus affectam: affectio autem non tendit in personam, quæ solùm per fictionem cum illis intelligitur. Accedit, quod ubi fit mentio personæ cum aliqua qualitate debet intelligi de eo, qui verè, & naturaliter talem qualitatem habeat, non autem fictè, aut privilegiativè, ut est textus *in l. finali C. de his, qui ætatis veniam impetrarunt*, ubi Baldus, & tradunt alij apud Gamam *d. decis. 307. n. 6.* qui hoc varijs exemplis illustrant.

87 Nihilominus opposita sententia nobis magis probatur. Eam verò, ut aptè, & juxta mentem Doctorum explicemus, advertendum est, bona impartibilia in duplici esse differentia: quædam namque tantummodò sunt impartibilia realiter, partibilia autem per æstimationem, ut pleraque bona Emphyteutica, juxta leges hujus regni, & quæ habent onus missarum, vel aliud simile absque vinculo maioratus, ut per Gamam *decis. 30. in num. 1.* & Valasc. *consult. 82. n. 8.* Alia verò tam realiter, quàm per æstimationem sunt indivisibilia, & semper habentur præcipua à successoribus, ultra legitimam suorum parentum. Quæ rursus dupliciter se habent: quædam namque sunt hæreditaria; qualis, verbi causa, esset Emphyteusis concessa alicui pro ipso, & hæredibus ab eo descendentibus, cum clausula, ut semper devehiat ad maiorem natu, & ab eo præcipua habeatur; prout jam in facto concessam vidi: in qua utrùm in aliquo casu possit succedere, qui non fuerit hæres, constare potest ex dictis *sect. 1. hujus disp. dubit. 3.* Alia non sunt hæreditaria, sed tantùm ex pacto & providentia, ut regulariter sunt maioratus, & alia bona similiter vinculata, quæ uni tantùm deferuntur, videlicet maiori natu ex proximioribus in gradu, ut per Gamam *d. decis. 30. in principio*, & Valasc. *d. consult. 82. n. 5.*

His animadversis, quod attinet ad bona realiter tantùm indivisibilia non habet in eis locum præsens dubitatio: neque aliquis Doctor, quem legerim, in dubium vertit, an respectu illorum repræsentatio admittatur. Cùm enim sint divisibilia per æstimationem, nulla est ratio, cur consobrini non admittantur loco suorum parentum ad eam partem æstimationis, in qua ipsi parentes succederent, sicut admittuntur ad participandum de alijs bonis simpliciter divisibilibus beneficio repræsentationis supra explicatæ, & jure novo illis concessæ, ut consideranti erit manifestum. 88

Hoc tamen intellige, quando talia bona sunt hæreditaria. Nam dictum jus novum repræsentationem admittens expressè loquitur de bonis hereditarijs ab intestato venientibus. Si verò hujusmodi bona hereditaria non sint, ut quando essent delata per fideicommissum particulare relictum familię, vel ex concessione dominica pro pluribus filijs facta, dubium est, an locum in eis habeat repręsentatio, ex qua nepotes simul cum patruis ad eorum successionem admittendi sint, sicut in bonis hereditarijs. In qua quęstione multi partem negativam amplectuntur, ut videre est apud Tiraq. *tract. de jure primogen. q. 4. n. 187. & seq.* Peregrin. *de fideicommissis, art. 21. num. 1.* & Vincent. Fusar. *de substitution. q. 485. n. 3.* Qui tamen cum multo pluribus contrariam sequuntur; & pro ea ultra quinquaginta tum antiquos, tum recentiores adducit Fusar. *n. 1. & 17.* pro qua etiam stat Molina Jurista *lib. 3. de primogen. cap. 7. n. 20.* Quid tamen 89

nobis hac in re verius videatur ex infra dicendis constabit.

90 Loquendo autem de bonis omnino impartibilibus, quæ deferuntur jure hæreditario, in illis etiam locum habere dictam repræsentationem, probatur efficaciter *ex d. Auth. de hæredibus ab intestato.* Primò, quatenus *in d. §. si igitur*, 2. dicitur, quod etiam pro successione collateralium conceditur filijs fratrum, ut in suorum parentum jura succedant. Quo fit, ut si parens jus habebat excludendi omninò fratrem à successione alterius fratris quo ad bona impartibilia, eodem jure gaudeat filius ex beneficio repræsentationis ad excludendum similiter eundem sui parentis fratrem à successione talium bonorum. Secundò, quatenus ibidem dicitur, quod in successione patrui præferendus est filius fratris omnibus ijs, quibus ejus pater, si vivus esset, præferendus erat. Tertiò, quatenus *eodem* §. dicitur, quòd sicut frater defuncti ex utroque parente illi conjunctus excludit omnino ab ejus successione fratrem ex altero tantùm parente conjunctum; ita etiam filius fratris utrinque conjuncti excludit beneficio repræsentationis fratrem sui patris, & patrui defuncti ex altera tantùm parte illis conjunctum. Quartò, quatenus, *eodem §. in fine*, dicitur, quòd filij fratrum concurrentes cum patruis, aut avunculis patrui defuncti, eos prorsus excludunt ab ejus successione, quemadmodum eorum parentes fratres talis defuncti illos excluderent, prout etiam habetur *Authent. post fratres*, 1. *Cod. de legitimis hæredibus.* Ex quibus omnibus satis evidenter constat, beneficium repræsentationis fratrum filijs concessum non solùm spectare ad participandum de bonis patrui defuncti, sed etiam ad exclusionem eorum, quos ipsorum parentes excluderent, si vivi essent. Quod etiam hac ratione confirmatur: nam quod juris est de parte ad partem, idem est de toto ad totum, *l. quæ de tota, Cod. de rei vendicat. & cap. pastoralis, §. item eum totum, de officio delegati*: sed per beneficium repræsentationis, quando bona sunt partibilia, filius fratris excludit patruum quoad partem, à qua ejus pater eundem patruum excluderet, si vivus esset: ergo quando bona fuerint impartibilia, illum excludet in totum, sicut ejus pater eundem patruum totaliter exclusurus erat.

Vtrùm in maioratibus, & similibus bonis, quæ solùm jure sanguinis, seu ex pacto, & providentia deferuntur, succedatur per repræsentationem?

§. III.

SUMMARIUM.

Multi spectato jure communi sentiunt, repræsentationem non habere locum in maioratibus, & similibus bonis, n. 91.

Contrarium autem est magis receptum, num. 92.

In fideicommisso particulari familiæ relicto admittitur repræsentatio, quemadmodum in hæreditatibus, ex Glossa Accursij, quam plures recipiunt, eodem num. 92.

Spectato jure Hispaniæ, & regni Lusitani, est hodie citra dubium in his regnis succedi in maioratibus per repræsentationem, tum ascendentibus, tum collateralibus, num. 93.

Ius Lusitanum disponit, quod semper filius legitimus repræsentet patrem ad effectum succedendi in maioratu, non solum, quando agitur de successione respectu ascendentium, sed etiam respectu collateralium descendentium ab institutore. Si autem collaterales non sint descendentes ab institutore, tunc in eorum successione ser-

servetur, quod jure communi dispositum est. Lex verò Hispaniæ etiam inter transversales non descendentes ab institutore repræsentationem in infinitum admittit, juxta magis receptum intellectum. eodem numero 93.

Dictum jus Lusitanum, & Hispanum habet locum etiam in maioratibus, qui ante illud conditum fuere instituti, quia est declaratorium juris antiquioris. n. 94.

*Dispositio legis Hispanæ, & Lusitanæ repræsentationem admittens respectu maioratuum locum similiter habet in feudo, Emphyteusi, jure patronatus, anniversario, seu capella, familiæ jure maioratus relictis. n.*95.

Prædictæ leges Lusitaniæ, & Hispaniæ, quatenus respectu maioratuum admittunt repræsentationem in infinitum inter collaterales descendentes ab institutore non discrepant à dispositione juris communis. num. 96.

Collaterales respectu ultimi possessoris maioratus contendentes de successione talis maioratus, qui reperiuntur in meliori linea respectu institutoris debent præferri cæteris, qui fuerint in linea inferiori. ibidem.

*Quomodo intelligenda sit lex Lusitana, disponens, ut in maioratibus, & bonis vinculatis succedat proximior ultimo possessori, si sit de sanguine institutoris. num.*97. *& seq.*

*Ponitur casus, in quo proximior ultimo possessori maioratus excluditur ab ejus successione per remotiorem respectu ejusdem ultimi possessoris. eod. n.*97.

Si contendentes de maioratu sint collaterales respectu ultimi possessoris, & respectu institutoris, præfertur, qui est proximior ultimo possessori, quando inter eos non est locus repræsentationi. Si autem repræsentationi sit locus, vel de illo agatur, controvertitur, an respiciendum etiam sit ad ultimum possessorem, vel potius ad institutorem? & declaratur in quo gradu debeat esse cum illo, qui ex repræsentatione admittendus est. n. 98.

Quid dicendum, quando contendentes sunt collaterales respectu institutoris, descendentes autem ultimi possessoris? n. 99.

91 SI verò loquamur de bonis indivisibilibus omnino, quæ non jure hæreditario, sed tantùm jure sanguinis, seu ex pacto & providentia deferuntur, ut sunt maioratus, & bona similiter vinculata, res est magis dubia, attento jure communi, in quo solùm reperimus concessam repræsentationem pro successione universali, seu hæreditaria. Vnde cum talis repræsentatio fuerit concessa jure novo, contra regulas, & dispositionem juris antiqui, cujus correctio extendi non debet ultra casus expressos, multi Doctores censuerunt, eam non habere locum in maioratibus, & alijs bonis, quæ non deferuntur jure hæreditario. Et ita hanc opinionem sequitur, relatis multis, Valascus *de jure emphyt. q.* 50. *à num.* 29. Gama *decis.* 307. *ad finem, &* 345. *n.* 2. Emman. à Costa *tract. super quæstione patrui, & nepotis, p* 2. *num.* 12. & Molina Theolog. *tomo* 3. *part.* 1. *disp.* 626. *n.* 18.

92 At etiam in maioratibus, & bonis similiter vinculatis, quæ in una tantum persona consistere debent, locum repræsentationi esse, & nepotem præferendum esse patruo, quem pater nepotis exclusurus erat, multo plures existimarunt, ut videre est apud Tiraquelum, *de jure primog. q.* 40. *à principio, & q.* 41. Covar. *practicarum quæstionum, cap.* 28. *num.* 6. Mol. Jurista *lib.* 3. *de primog. cap.* 6. *num.* 1. Quæ opinio maximè juvatur ex Glossa Accursij *in l. cum ita* 33. §. *in fideicommisso, verbo, primo, aliàs, proximo, ff. de legatis,* 2. quæ in fidei commisso particulari familiæ relicto repræsentationem admittit; ita ut nepos ex filio simul cum patruo admittendus sit, quemadmodum in hæreditatibus ab intestato. Quam Glossam licet multi reprobent, plures tamen approbant, ut videre est apud Tiraquelum *dicta q.* 40. *n.* 191. *&* 192.

Fusar.

Fusar. *de substitut. q.* 485. *n.* 2. & Valascum *dicta q.* 50. *num.* 23. ubi fatetur crebriori Doctorum calculo esse receptam, quod etiam affirmat, plurimis pro ea relatis, illamque sequens Peregrin. *tract. de fideicommiss. art.* 21. *num.* 11. *in princip. & vers. hujus quoque opinionis.* Et idem constat per Molinam Iuristam *dicto lib.* 3. *cap.* 7. *sub num.* 20. qui *vers. illius autem*, eam Gloss. probat eo fundamento, quod dicit solidissimum, quia in fideicommisso familiæ relicto, eo ordine admittendi sunt proximiores, quo ad successionem ab intestato vocantur, & admittuntur, *l. final. Cod. de verborum significat.* unde cum ad successionem ab intestato nepos per repræsentationem patris simul cum patruo admittatur, id ipsum in eo fideicommisso dicendum est. Ex quo sane, junctis superius dictis, bene infertur, quod etiam quando fideicommissum relictum fuerit ea lege, ut una tantum persona de familia in illum succedat, juxta prærogativam gradus, sexus, & ætatis, (qua ratione est indivisibile, & non differt à maioratu per ultimam voluntatem instituto) locum in eo habet repræsentatio, & nepos ex patre maiore natu patruum excludit, sicut de bonis hęreditarijs dictum est. Juvabatur etiam hęc opinio jure consuetudinario, secundùm quod verior judicabatur, ut ex Molineo tradit Covar. *d. n.* 6.

93 Cæterùm, quamvis olim non satis hac de re inter Doctores constaret, hodie tamen in Hispania, & in hoc Lusitanię regno dubium omne sublatum est per leges eorundem regnorum, quę expresse disponunt, ut in maioratibus succedatur per repręsentationem, tam ascendentibus, quàm collateralibus, Sic pro Hispania habetur. *l.* 40. *Tauri*, quę est 5. *tit.* 7. *lib.* 5. *nova recopil.* Et pro regno Lusitaniæ *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 100. *in principio*, ubi Rex ait, quod ad tollenda dubia statuit, ut in successione maioratuum, & bonorum vinculatorum, licet filius maior natu decedat in vita patris, seu possessoris maioratus, si talis filius reliquerit filium, nepotem, & alios descendentes legitimos, ij suo ordine pręferantur filio secundo genito. Et quod hęc dispositio non solùm habeat locum in successione maioratus respectu ascendentium, sed etiam respectu collateralium, si fuerint descendentes institutoris, ita ut semper filius, & ejus descendentes legitimi suo ordine repręsentent personam patris, quamvis hic in maioratum non successerit; si autem transversales non fuerint descendentes institutoris, tunc servetur, quod jure communi dispositum est. In qua ultima parte discrepat à *dicta l.* 40. *Tauri*, juxta intellectũ multorum Doctorum, quos refert, & sequitur Reinosus *observat.* 26. *num.* 4. qui eam sic interpretatur, ut respectu quorumcumque transversalium repręsentationem admittat in infinitum; licet hanc expositionem aliqui gravissimi Doctores apud eundem Reinosum non recipiant, intelligentes solùm respectu transversalium descendentium à primo institutore id per eam legem admitti.

Circa nostram verò *l.* Lusitanam, 94
notabis primò, ejus dispositionem non solùm habere locum in maioratibus, qui post illam sunt instituti; sed etiam in antea institutis, ut optimè advertit Reinosus *observat.* 24. *num.* 3. quia cùm lata fuerit ad tollenda dubia, quæ circa successiones maioratuum contingebant, est declaratoria juris antiquioris, & propterea comprehendit etiam maioratus antea institutos, & causas jam pendentes, antequam ipsa lex publicaretur. Licet enim lex nova non soleat comprehendere, nisi futura, *l. leges, & constitutiones, Cod. de legibus, cap. ult. de constitut.* tamen, quando decidit casum dubium, in quo erat opinionum varietas, comprehendit etiam præterita, ut est textus *in Authentico, de filijs ante instrumenta dotalia*, & tradunt

Baldus, & alij apud Reinosum, inter quos Molina Jurista *lib.* 3. *cap.* 6. *num.* 23. idem tradit circa *dictam l.* 40. *Tauri*, ut etiam valeat quo ad maioratus Hispaniæ ante illam institutos.

95 Notabis secundo, dispositionem prædictarum legum etiam habere locum in feudo, Emphyteusi, tam privata, quam Ecclesiastica, jure patronatus, anniversario, seu capella, familiæ jure maioratus relictis, id est, ita institutis, & concessis, ut in eis succedatur eo ordine, & modo, quo succeditur in maioratibus. Ita spectata dispositione *dicta l.* 40. *Tauri* docet Molina Jurista *d. lib.* 3. *de primogen. cap.* 7. *n.* 19. post Covar. *practicarum quæst. cap.* 38. *n.* 13. *vers. ego verò*. Idemque dicendum esse spectata *d. l. Lusitana*, constat apertius, quia non solùm loquitur de maioratibus, sed etiam de cæteris bonis vinculatis, quæ scilicet quo ad vinculum, ut ad unam tantùm personam, servata gradus, sexus, & ætatis prærogativa venire debeant, cum maioratibus conveniunt.

96 Notabis tertio, prædictas leges, quatenùs admittunt repræsentationé in infinitum inter collaterales descendentes ab institutore non discrepare à dispositione juris communis, imo verò esse illis conformes, ut optime observat Reinosus, *observat.* 26. *num.* 15. Vnde quando inter transversales ab institutore descendentes agitur de maioratus successione, non debet attendi ad ultimum ejus possessorem, sed ad institutorem, cui succedendum est; & subintrat regula juris, ex quo ad effectum succedendi ascendenti datur repræsentatio in infinitum, ut per *tex. in §. cùm filius, Inst. de hæredit. quæ ab intest. defer.* Quo fit, ut collateralis, qui reperietur in meliori linea respectu institutoris, is debeat præferri cæteris, qui fuerint in linea inferiori: ut si finita linea filij maioris natu, in quo pater maioratum instituit, reperiantur descendentes aliorum filiorum, ille, qui fuerit descedens filij secundo geniti, præferetur cuilibet alteri descendenti filij tertio geniti; quia cum per repræsentationem ponantur loco suorum ascendentium in infinitum, ille, qui fuerit descendens à filio secundo genito, excludit tertio genitum, & illius descendentes, cæterosque omnes, quos filius secundo genitus excluderet, si vivus esset; quemadmodum bene explicant Molina Jurista *lib.* 3. *cap.* 6. *n.* 31. Gabriel Pereira *decis.* 59. *à n.* 6. & Reinosus *observat.* 23. *à num.* 6. qui plures refert.

Neque in contrarium stat Ordin. Lusitana *d. tit.* 100. §. 2. quatenus statuit, ut in successione maioratuum, & bonorum vinculatorum, cujuscunque sint qualitatis, succedat proximior ultimo possessori, dummodo sit de sanguine institutoris. In hoc enim tantummodo intendit dirimere celebrem Doctorum controversiam, an in maioratibus succedere debeat proximior institutori, ut multi volebant, vel potius ultimo possessori, quæ erat communior sententia, quam Ordinatio hic probat, & sequendam statuit. Non autem intendit derogare in aliquo ijs, quæ paulò ante constituerat. Vnde non tollit, quominus exorta controversia inter descendentes institutoris attendenda potius sit persona institutoris, ut scilicet, qui per meliorem lineam illum attigerit, is alios excludat, & in maioratum succedat, beneficio repræsentationis descendentibus institutoris in infinitum concessæ. Ita declarat Reinosus *d. observat.* 26. *n.* 9. & 17. & Gabriel Pereira *d. decis.* 59. *sub num.* 7. Quare, ut bene observat idem Reinosus, evenire facilè potest, ut aliquis videatur proximior in gradu ultimo possessori, & nihilominus excludatur ab alio, cui habito respectu ad institutorem competat jus repræsentationis, per quam censeatur esse in eodem gradu cum eo, qui attenta veritate proximior erat ultimo possessori. Pone casum. 97

sum: Quidam habens tres filios, & unam filiam instituit maioratum in filio maiore natu, & devenit maioratus ad quendam talis filij nepotem, qui decessit sine liberis, & sine fratribus, alijs ve descendentibus sui avi: contendunt de successione Paulus pronepos institutoris descendens ex ejus filia, vel ex filio minore natu, & Petrus abnepos ejusdem instituentis descendens ex filio secundo genito. Sanè Paulus proximior est ultimo possessori, est enim in tertio gradu cum illo (numero gradus more Ecclesiastico) Petrus autem est remotior, utpote in quarto gradu. Et nihilominus Petrus præferri debet, quia repræsentando parentem pronepotem instituentis constituitur in eodem gradu cum Paulo, illumque excludit, quemadmodum ejus pater eundem Paulum excluderet, eo quod institutorem contingat per meliorem lineam, quia est descendens filij secundo geniti, qui tam sorori, quàm fratri minori natu præferendus erat in successione maioratus.

98 Si autem collaterales respectu ultimi possessoris non descendentes ab institutore de maioratu contendant, tunc juxta Ordinationem Reg. *loco citato*, attendendum est ad ultimum possessorem, & qui illi fuerit proximior cæteris præferendus est, si sit de sanguine institutoris. Quod procedit citra dubium, quando in eis non habet locum repræsentatio, ut, quando contendunt de succedendo alicui pro patruo, vel alteri collaterali ejusdem, vel remotioris gradus; neque enim tunc repræsentatione gaudent: nam jus commune, quod dicta Ordinatio in hujusmodi collateralibus observari vult, illam non concedit in linea transversali, nisi ad succedendum patruo, avunculo, amitæ, aut materteræ, ut ex supra dictis constat, & tenent Doctores omnes. Verùm verò in tali repræsentatione secundùm jus commune, & secundùm dictam Ordinationem admittenda, respiciendum etiam sit ad ultimum possessorem, ut scilicet sufficiat, quòd ultimus possessor maioratus sit tuus patruus, ad hoc, ut per repræsentationem admittaris, ad succedendum in ipso maioratu, & excludendum, quos pater tuus, si vivus esset, exclusurus erat? vel potius habendus sit respectus ad institutorem; ita ut dicta repræsentatio solùm habeat locum in filijs fratrum illius, sive inter se, sive cum patruo contendentibus? Quæstio est satis difficilis, in qua respiciendum esse ad institutorem opinatur Reinos. *observ.* 16. *n.* 8. *& seq.* etiam stando in communi sententia, quam Ordin. Reg. *d.* §. 1. observari jubet, quòd in maioratibus, & bonis similiter vinculatis succedere debet proximior ultimo possessori: Quod probat, tum assignando duplicē differentiam inter successionem ratione solius proximitatis, vel repræsentationis, tum quia ipsa Ordin. Regia, dum inter transversales respectu ultimi possessoris, descendentes verò ab institutore admittit repræsentationem in infinitum (quod etiam est de jure communi, ut idem Author, relatis alijs, notat) planè vult, quòd ad succedendū ex repræsentatione non respiciatur ad ultimum possessorem, sed ad solum institutorem. Et hæc opinio est satis probabilis: pro qua possunt adduci, qui ad succedendum per repræsentationem in fideicommissis transversalium sentiunt attendendum esse ad personam testatoris, utrùm sit patruus, &c. ita enim sentiunt plurimi, quos referunt, nec refellunt Mant. *lib.* 8. *de conject. ult. vol. tit.* 9. *n.* 4. & Fusar. *de substitut. q.* 485. *n.* 22. Et quidem diversa inspectio est circa successionē ratione proximitatis, vel repræsentationis, optimèque potest stare, ut quando non est locus repræsentationi, succedat proximior ultimo possessori, quando verò repræsentationi est locus, vel de illa agitur, solū attendatur ad institutorem, ut loquendo de successione in fideicom-

missis agnoscit Fusar. *d. q.* 485. *sub n.* 23.

Contrariam nihilominus sententiam, quod in repræsentatione inter dictos collaterales non descendentes ab institutore attendendum sit ad ultimũ possessorem, juxta Ord. reg. *in d.* §. 1. tradit Gabriel Per. *decis.* 59. *sub n.* 7. *vers. satisfit enim*, dicens d. Ord. procedere sine dubio in transversalibus non descendentibus ab institutore, inter quos quantũ ad repręsentationem paulò ante jusserat servari jus cõmune. Et hanc opinionem secutus est postea Senatus Lusit. in causa cujusdam maioratus instituti per patruũ ultimi possessoris, de cujus successione inter se contendebant quędam soror ipsius possessoris defuncti, & quidam utriusque consobrinus filius fratris sui præmortui; qui consobrinus admitti postulabat ex repręsentatione sui patris, qui, si vivus esset, sororem erat exclusurus. Qua in causa licet in prima instantia fuerit lata sententia pro sorore, eo quod habito respectu ad institutorem ille consobrinus maneret extra gradum, in quo inter hujusmodi collaterales repręsentatio admittitur: attamẽ re per appellationẽ ad Senatũ delata, judicatũ fuit pro consobrino ob repræsentationem patris, habito respectu ad personã ultimi possessoris, qui erat patruus prætendentis, & consequenter intra gradũ ad repræsentationẽ requisitum. Quæ sententia fuit lata an. 1644. 26. Febr. per integerrimos Senatores Laurentium da Gama, & Georgium da Sylva, scriba Antonio Pereira Ribeiro. Atq; huic opinioni adstipulãtur Corn. *consil.* 97. *col.* 6. *vers. item secundo infertur*, *lib.* 2. Alex *consil.* 36. *num.* 5. *& cons.* 38. *n.* 4. Socin. jun. *consil.* 20. *col. ult. lib.* 3. quos refert Simon de Pretis *lib.* 3. *de interpr. ult. vol. interpr.* 3. *dubit.* 4. *solut.* 3. *n.* 22. *pag. mihi* 226. & sequitur *n.* 38. *pag.* 231. Peregrin. *de fideicom. art.* 21. *sub num.* 8. *& n.* 22. *& consil.* 108. *n.* 11. *lib.* 3. *& consil.* 63. *n.* 11. *lib.* 4. Castillo *lib.* 3. *controversiar. c.* 10. *num.* 140. *& seqq.* & plures alij, quos longo ordine citat Fusar. *d. q.* 485. *n.* 23. qui ad succedendum per repræsentationem in fideicommissis tenent esse attendendum ad personam ultimi possessoris gravati, an scilicet fuerit collateralis primi gradus, ut patruus, avunculus, &c. asseritque idem Fusar. *sub d. n.* 23. hanc sententiam esse magis receptam, licet ipse inter eam, & contrariam pendulus hæreat. Vnde nec ego meum hac in re judicium audeo interponere.

Quid verò dicendum sit, quando contendentes sunt collaterales respectu institutoris, descendentes autem ab ultimo possessore: ut quando contingit ultimum possessorem non descendentem ab institutore decedere, relicto nepote ex filio primogenito prædefuncto, & relicto simul filio secundo genito, qui cum nepote contendit? Disputat latè Gabriel Pereira *decis.* 116. *à num.* 9. dicitque, quòd de jure communi liberum cuique erit, quam malit, opinionem sequi, sive pro patruo, tenendo non competere tunc repræsẽtationem nepoti adversus illum; sive pro nepote, tenendo eum debere succedere per repræsentationem patris. Ipse tamen eam opinionem magis probat, quæ in hoc casu repræsentationem admittit, saltem usque ad secundum gradum, id est, usque ad nepotes ultimi possessoris, & pro hac parte judicatum fuisse affirmat in Senatu Lusitano, etiam spectata Ordinatione hujus regni, in qua hunc casum omissum fuisse putat. Mihi tamen simpliciter dicendum videtur, dari in hoc casu repræsentationem in infinitum juxta Ordin. hujus regni *in d. tit.* 100. *in princ.* Quia simpliciter statuit, ut in descendentibus ultimi possessoris detur repræsentatio in infinitum, & solũ in collateralibus ultimi possessoris, qui non fuerint descendentes institutoris, ponit limitationem, ut eis servetur jus commune.

Solvun-

Solvuntur fundamenta, quæ pro resolutione excludente repræsentationem respectu bonorum impartibilium, §. 2. adducta sunt.

§. IV.

SVMMARIVM.

Intentum primarium juris novi repræsentationem concedentis non fuit, quod fratrum filij æquarentur patruis, sed quod obtinerent jus, & locum suorum parentum ad succedendum in bonis, in quibus illi succederent, & ad excludendum, quos illi excluderent. n. 100.

Filius est pars corporis patris, & una persona cum illo censetur: & ideo æquissimum fuit, ut filijs concederetur, quod patrem repræsentarent, ad excludendum, quos ille excluderet. n. 101.

Ad succedendum per repræsentationem in bonis, ad quæ vocantur personæ habentes certam qualitatem, satis est, quod repræsentatus eam qualitatem habeat, licet, talis qualitas ex hominis dispositione postulata sit. n. 102.

Quando ad successionem vocaretur filius maior natu, qui vivus fuerit tempore mortis patris, seu ultimi possessoris, non est tunc locus repræsentationi, ex qua nepos ex primogenito prædefuncto, excludat filium secundo genitum, qui vivus reperitur tempore, quo pater moritur. n. 103.

Etiam quando ad successionem vocatur filius masculus, potest fæmina succedere ex repræsentatione parentis eam qualitatem habentis. n. 104.

Quod varijs exemplis confirmatur. n. 105.

Licet masculus excludat à successione maioratus fæminam existentem in eodem gradu, tamen fæmina descendens ex filio primogenito, illumque repræsentans, excludit masculum fratrem minorem sui patris, nisi sufficienter constet de contraria voluntate institutoris. n. 106.

Non semper quando fit mentio alicujus personæ cum certa qualitate, intelligi debet persona verè talem qualitatem habens, & non per fictionem juris. n. 107.

PRædictis pro nostra principali resolutione tradita §. 2. constitutis, facillimo negotio diluuntur, quæ pro contraria sententia eodem §. 2. adducta sunt. Ad primum positum *n.* 84. respondetur, intentum juris novi repræsentationem concedentis fuisse, ut filij in locum, & jus suorum parentum succederent ad consequendum de hæreditate patrui, vel avi, quidquid eorum parentes obtenturi erant, & ad excludendum quos ipsi excluderent, si vivi essent, ut manifestis textibus probatum est; atque adeo non fuisse restrictũ jus repræsentationis, ad hoc, ut nepotes, & consobrini cum patruis æquarẽtur, sed concessum absolutè, & ex eo ita concesso interdum, ac regulariter evenire, ut consobrini ęquentur cum patruis quando scilicet bona sunt divisibilia, ad quæ eorum parentes, si vivi essẽt, æqualiter cum patruis admittendi essent: interdum verò, ut patruos omnino excludant, quando scilicet talia sũt bona, ut eorum parentes, si viverent, eosdem patruos omnino erant exclusuri. Vtrumque enim apertè consequitur ex eo, quod filij locum parentum obtinent, beneficio repræsentationis. 100

Ad secundum positum *n.* 85. respondetur negando esse contra æquitatem, quod nepotes, & consobrini excludant omnino patruos, quando hi per illorum parentes similiter erant excludendi. Nam, ut æquissimum fuit, quod filij in locum parentum admitterentur, siquidem parentes in filijs censentur permanere, & vivere, & ubi est filius, ibi est pars corporis patris, *l. cum scimus, Cod. de agricolis, & censitis, libro* 11. Et pater cum filio una persona censetur, *l. finali, Cod. de impuberibus*, cum similibus: ita contra æquita- 101

æquitatem non est, quòd filius excludat patruum, & cæteros omnes, quos ejus pater exclusurus erat, licet solùm per repræsentationem patris censeatur esse in gradu, in quo patruus verè, & ex propria persona reperitur esse cum eo, cui succedendum est.

102 Ad tertium positum *num.* 86. bene respondebatur, quod ad succedendum per repræsentationem in bonis, ad quæ vocantur personæ habentes certam qualitatem, satis est quòd repræsentatus eam qualitatem habeat. Vnde licet ad maioratum, vel fideicommissum vocetur, qui fuerit proximior in gradu, si contendentes de illius successione sint tales, ut locum in eis habeat repræsentatio juxta supra dicta, ille censebitur vocatus, & cæteris præferetur, cujus pater, alius ve ascendens ab eo repræsentatus eam qualitatem habuerit: tunc enim talis contendens censebitur proximior, nihil obstante, quod illa qualitas postulata sit ex dispositione hominis, ut cum communiori sententia tuentur, relatis multis, Covarruvias *quæstionum practicorum, cap.* 38. *num.* 4. *vers. ex quibus infertur*, Molina Jurista *lib.* 3. *de primogenijs, cap.* 8. *num.* 11. Valascus *de jure Emphyteut, quæst.* 50. *sub num.* 31. *vers. ego quidem*, Fusar. *de substitut. quæst.* 485. *num.* 35. *&* 37. ubi plurimos refert, & Caldas *de nominatione, quæstione* 17. *num.* 29. quamvis oppositum videatur docuisse *num.* 24. Ratio est, quia dispositio hominis circa successionem in ejusmodi bonis debet in dubio intelligi conformis dispositioni juris: unde cum jus respectu bonorum, in quibus repræsentatio admittitur, per proximiorem vocatum intelligat eum, qui talis est repræsentativè, idem similiter dicendum de homine proximiorem vocante. Alioquì vix unquam in maioratibus succederetur per repræsentationem, cum ordinariè in eorum institutionibus expresse dicatur, ut proximior consanguineus in eis succedat. Et ita, quod in maioratibus vocatio proximioris non excludat repræsentationem, tenent innumeri, quos refert, & sequitur Castillo *lib.* 2. *controversiarum, c.* 20. *à num.* 7. *& lib.* 3. *cap.* 19. *num.* 302. quamvis oppositum relatis alijs tradat Marta *in sum. succession., legal. p.* 3. *q.* 1. *art.* 2. *n.* 34. quorum opinionem jam exulasse affirmat Gab. Pereira *decis.* 59. *sub num.* 7. *vers. vel dici.* Similiter quando ad maioratum, & alia bona vinculata vocatur absolutè filius senior, seu maior natu, non excluditur repræsentatio, cujus beneficio descendentes tales filij, eam qualitatem habere censentur, & vocati intelliguntur, ut relatis alijs probant Molina Jurista *dicto cap.* 8. *num.* 19. Gabriel Pereira *decis.* 116. *num.* 3. & Reinosus *observat.* 24. *sub num.* 15.

Quando autem vocaretur filius maior natu, qui vivus fuerit tempore mortis patris, seu ultimi possessoris, res est valde controversa, & communior, ac probabilior sententia videtur, non esse tunc locum repræsentationi; atque adeo si tempore mortis patris concurrat filius secundo genitus cum descendentibus filij primogeniti antea defuncti, debere illum filium secundū eis nepotibus præferri. Ita relatis multis docet Gabriel Pereira *dicta decis.* 116. *num.* 8. & multo plures pro eadem parte refert Molina Jurista *lib.* 3. *cap.* 8. *paulò ante finem*, qui hac in re suam sententiam non profert, licet multos etiam pro contraria parte alleget, eamque secundo loco ponat, & ita etiam relatis plurimis docet Fusar. *dicta quæstione* 485. *sub numero* 60. Ratio vero hujus resolutionis est, quia leges disponentes circa successionem bonorum, & repræsentationem in ea admittentes, intelliguntur, nisi testator, seu dominus talium bonorum aliter disposuerit, ut nominatim circa successionem maioratuum declaravit Ordinatio Lusitana *dicto tit.* 100. §. 1. *& d. l.* 40. *Tauri*: satisque est, quod ex conjecturis intel- 103

intelligatur, testatorem aliter voluisse disponere, ut tali voluntati standum sit, ut bene ex Baldo, & alijs advertit Gabriel Pereira *dicta decis.* 116. *num.* 1. Quando autem testator expresse vocat filium maiorem natu, qui tempore mortis patris, seu ultimi possessoris vivus reperietur, sufficienter declarat, se nolle, ut nepos ex primogenito prædefuncto excludat filium secundo genitum; qui vivus reperitur tempore mortis patris.

104 Quod præterea in eodem argumento tangitur, ut quando ad successionem vocatur masculus, non possit fæmina succedere ex repræsentatione parentis eam qualitatem habentis, communiter hodie videtur explosum, licet non defuerint, qui ita senserint, ut Caldas *de nominat. quæst.* 17. *num.* 43. & quidam alij antiquiores. Oppositum enim tenent plerique, quos citant, & sequuntur Covarruvias, *practicarum quæstionum cap.* 38. *num.* 8. *vers. quarto licet*. Molina *de primogenijs, lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 10. Reinosus *observ.* 24. *num.* 14. & Gabriel Pereira *dicta decis.* 116. *in fine*, referens causam, in qua ipse cum alijs Senatoribus fæminam ob repræsentationem patris cuidam patruo cum ea de maioratu contendenti præferendam judicavit. Ratio est, quia repræsentatio concessa est tam filijs, quàm filiabus, non solum ut evehantur in locum, & gradum suorum parentum, sed ut succedant in omnia eorum jura, ut habetur *Authentico de hæredibus ab intestato*, §. *si igitur*, 2. Licet autem fęmina per nullum juris beneficium possit fieri masculus, id non tollit, quominus gaudere possit jure masculorum, & ita repræsentare suum patrem cum pręrogativa masculinitatis, ad effectum succedendi in bonis, in quibus ipse succederet.

105 Confirmatur primo ex illo vulgari axiomate, *quod subrogatus sequitur naturam ejus, pro quo subrogatur, & gaudet ejus privilegijs*, *l. si eum*, §. *qui injuriarum*, *ff. si quis cautionib. cum similibus*. Secundo, quia jus suitatis competens filio in potestate patris, est valde personale, & tamen nepos mancipatus succedit avo cum jure, & prærogativa suitatis ex repręsentatione patris, qui tale jus habebat, ut probat textus *in l.* 1. §. *si sit filius*, *ff. de conjungendis cum emancipato liberis*. Tertio, quia etiam qualitas filiationis, & maioritatis est maxime personalis; & tamen nepos ex filio maiori succedit in maioratum ex repręsentatione patris cum pręrogativa illius qualitatis paternæ, quam ipse nepos in se non habet, neque habere potest: ergo similiter licet fęmina non possit habere qualitatem masculinitatis; id non tollit, quominus possit succedere repræsentando patrem cum pręrogativa talis qualitatis.

Hinc sequitur, quod licet masculus excludat à successione maioratus fęminam existentem in eodem gradu, verbi gratia, sororem, ut regulare est juxta Ordinationem Lusitanam *dicto tit.* 100. §. 1. & praxim ubique receptam: attamen fæmina descendens ex filio primogenito, illumque repræsentans excludit masculum fratrem minorem sui patris; quem ipse pater excluderet; siquidem repræsentat patrem cum qualitate, & pręrogativa masculinitatis, & maioritatis. Hoc tamen intellige, nisi saltem ex conjecturis constet, institutorem voluisse excludere fæminam propter masculum, etiam lineæ, & gradus remotioris, ut bene advertit Molina Jurista *dicto num.* 10. & satis ex supra in simili notatis apertum est. 106

Denique ad id, quod in confirmationem tertij argumenti adductum est, scilicet, quando fit mentio alicujus personę cum aliqua qualitate, debere intelligi de persona verè talem qualitatem habente, & non per fictionem, aut privilegiative: respondetur, hoc nō semper esse verum, ut bene probat 107

Tiraquelus *de jure primogen. q. 40. num. 175.* Sæpissimè namque, qui in locum alterius substituitur, gaudet illius prærogativis, ut convincitur ex notatis *in l. portiones, ff. de ijs, qui ut indigni*; ubi à pari procedunt dominus, & qui loco domini est, & *in l. rei judicatæ, §. ultimo cum l. seq. ff. soluto matrimonio*, ubi socero idem honor debetur, qui & patri, quia & ipse patris locum obtinet, & alijs innumeris. Quare mirum non est, quod filius locum patris ingrediatur, eumque repræsentet cum omnibus ejus qualitatibus, & prærogativis ad effectum succedendi in bonis, in quibus ille succederet, licet ipse filius tales qualitates non habeat.

Resolvitur quæstio principalis, utrùm admittatur repræsentatio ad succedendum in Emphyteusim?

§. V.

SUMMARIUM.

Ad succedendum in Emphyteusim hæreditariam admittitur repræsentatio, sicut ad succedendum in alijs bonis hæreditarijs. n. 108.

Etiam ad succedendum in Emphyteusim de providentia locum habet repræsentatio, si talis Emphyteusis sit concessa ea lege, ut more primogenij in aliqua familia conservetur. Quæ resolutio maximè procedit juxta Ordinat. Lusit. n. 109.

In Emphyteusim liberæ nominationis, si pater liberos habens decedat, nemine ad eam nominato, non succeditur in hoc regno Lusitano per repræsentationem, sed succedit filius senior, qui vivus reperitur, quando pater moritur. n. 110.

Quid Ordinatio hujus regni disponat, quando talis Emphyteuta non relinquit filium legitimum? ibidem.

Utrùm sit locus repræsentationi ad succedendum in Emphyteusim de providentia concessam pro multis collectivè ad eam vocatis, ut pro filijs, & descendentibus? Resolvitur negativè. n. 111.

Proprium hujus resolutionis fundamentum. n. 112.

Contrarium dicendum est in feudis ex jure speciali: & similiter in Emphyteusi, ubi consuetudine id fuerit introductum. ibidem.

Repræsentatio non admittitur jure communi, nisi ubi agitur de successione ascendentium, vel de successione patrui. ibid.

Suppositis omnibus prædictis circa repræsentationis beneficium, 108
quasi in generali, quid ad quæstionem in titulo sectionis propositam pro Emphyteusi dicendum sit, facilè constare potest. Primo igitur dicendum; si Emphyteusis sit hæreditaria, succedi in eam ultimo possessori per repræsentationem, sicut in alia bona hæreditaria, ut bene docet Valascus *de jure Emphyt. q. 50. num. 5.* Menoch. *de præsumpt. lib. 4. præsump. 95. num. 41. & consil. 200. num. 54. lib. 2.* & Caldas *de nomin. quæst. 17. num. 13.* post Covar. *practicarum quæstionum, cap. 38. ad finem, vers. sed & in Emphyteusi*, & alios. Nulla enim est ratio, cur in ejusmodi Emphyteusi non habeat locum dispositio juris concedentis absolutè repræsentationem in successione hæreditaria, ut initio sectionis vidimus. Procedetque hæc resolutio, sive Emphyteusis sit hæreditaria purè, sive mistè.

Dicendum secundo etiam in Em- 109
phyteusi de providentia locum esse repræsentationi, si talis Emphyteusis sit concessa pro aliqua familia ea lege, ut jure primogenij deferatur, deveniendo ad unum tantùm, eundemque maiorem, seu primogenitum. Hanc resolutionem juxta *l. 40. Tauri* admittit Covar. *practicarum quæstionum, cap. 38. prope finem*, Molina Jurista *lib. 3. de primogenijs, cap. 7. n. 19.* & Valasc. *d. n. 5.*

in

in fine; ubi tamen addit, remota *dicta l. Tauri*, se huic sententiæ non assentiri. At similiter dicendum esse spectata Ordinatione Lusitana *lib.* 4. *tit.* 100. *in principio*, inde convincitur, quia illa Ordinatio convenit cum *dicta l. Tauri*, quatenus utraque repræsentationem admittit in maioratibus: imo, ut jam supra notavimus apertius huic resolutioni favet; siquidem generaliter statuit, in quibusvis bonis vinculatis succedendum esse per repræsentationem: patet autem Emphyteusim, quæ jure maioratus defertur, maximè vinculatam esse, & de numero bonorum, de quibus dicta Ordinatio loquitur. Et hinc credo, idem dicendum esse secundùm jus commune, quia intentum dictæ Ordinationis non fuit condere jus novum, sed declarare antiquum; & tollere dubia, quæ circa successionem horum bonorum excitabantur, ut supra *n.* 94. cum Reinoso advertimus, & patet ex ipsa Ordinatione.

Contrariam sententiam, etiam spectato jure Lusitano in dicta Ordinatione, defendit latè ut veriorem Fragos. *tomo* 3. (qui prodijt post hæc scripta) *disp.* 9. §. 10. *n.* 6. *& seqq.* At nihil affert, quod nostræ sententiæ negotium facessat: quare non oportet in ejus argumentis referendis, aut refellendis immorari: neque illi, sed nobis potius favet Caldas (quem pro se refert) *de nominat*, *q.* 24. *n.* 74. *vers. pro primogenito*, *& n.* 75. *vers. admittendum censeo*, ubi mortuo primogenito in vita patris, dicit debere succedere secundo genitum, excluso nepote ex primogenito, quando liquidò constat ex concessione, illum tantùm fuisse vocatum, qui tempore mortis patris primogenitus erit.

110 Dicendum tertio. Si Emphyteusis sit liberæ nominationis, & Emphyteuta decedat relictis filijs, & descendentibus legitimis, nemine ad eam nominato, non succeditur ad eam per repræsentationem in hoc regno Lusitaniæ, sed filius senior, qui vivus extiterit tempore mortis patris, in illam succedat; & deficiente filio masculo, succedet filia maior natu ejusdem Emphyteutæ; itaut nunquam succedat nepos, nisi in defectum filiorum, & filiarum. Sic expresse habetur *lib.* 4. *Ordinat tit.* 36. §. 2. *&* 3. ubi declaratur hoc procedere, sive talis Emphyteuta decedat intestatus, sive cum testamento. Quæ quidem dispositio non videtur conformis juri communi; hoc enim duntaxat spectato, dicendum potius videbatur, Emphyteusim in eo eventu intercidere, & ad dominium devolvi. Porrò dicta *l.* regia ulterius sequenti §. statuit, si ille emphyteuta decesserit absque descendentibus legitimis, relicto tamen filio naturali; quòd tunc in defectum legitimorum succedat in eam Emphyteusim naturalis, esto pater fuerit eques: quòd si neque filium legitimum, neque naturalem relinquat, tunc succedant ejus ascendentes eodem ordine servato.

Dicendum quarto, & ultimò. Quando Emphyteusis de providentia concessa fuerit pro multis simul nomine collectivo ad eam vocatis, ut pro filijs & descendentibus alicujus, videtur non esse tunc locum repræsentationi, ut sentiunt multi relati à Tiraquelo, *de jure primogen. quæst.* 40. *num.* 188. quos sequitur Valascus *d. q.* 50. *num.* 5. *&* 6. Menoch. *de præsump. lib.* 4. *præsump.* 65. *n.* 43. *& consil.* 260. *num.* 61. *&* 62. *lib.* 2. *& consil.* 498. *num.* 28. *lib.* 5. ubi dicit hanc esse communem opinionē, & Caldas *de nominat*, *q.* 17. *num.* 10. qui alios referunt, estque communis sententia; quanvis non desint etiam, qui oppositum sentiant; ut videre est apud Cald. *num.* 11. ubi aliquos refert. Fundamentum, quo plerique hujus sẽtentiæ authores nituntur, est, quia repræsentatio solùm habet locum in bonis, quæ jure hæreditario deferuntur: nam de his tantùm loquuntur jura, quę repræsentationem invexerunt: Emphy- 111

phyteusis autem ex pacto & providentia non defertur jure hæreditario, sed ex concessione dominica. Verum hoc fundamentum apertè confunditur ex dicta Glossa Accursij communiter recepta *in l. cum ita* 33. §. *in fideicommisso, verbo, primo: aliàs, proximo, ff. de legatis*, 2. quæ etiam in bonis fideicommissi particularis familiæ relicti repræsentationem admittit. Pro qua sententia plurimos refert Valascus *d. q.* 50. *n.* 35. licet eam non sequatur.

112 Alio ergo fundamento ducitur Caldas *supra num.* 10. *juncto num.* 9. quod mihi placet, & sic habet: nam licet repræsentatio locum etiam habeat in successione particulari juxta dictam Glossam *in illo §. in fideicommisso*, tamen debet ita regulari, ut non excedat normam, sub qua jure communi admittitur, ut scilicet solùm detur, quando agitur de successione ascendentium, vel de successione patrui, quemadmodum resoluit Covarruvias, *practicarum quæstionum cap.* 38. *ante num.* 5. *vers. nono*, ubi dicit, eam esse propriam intentionem Glossæ *in dicto §. in fideicommisso*, & in hoc sensu eam intellexisse quotquot illam sequuntur, ut Decium, Curtium juniorem, Rubeum, & plures alios, quos ibidem refert: unde, non obstante illa Glossa, si fideicommissum est relictum ab alia persona, quam ab ascendente, vel patruo, locum in eo non habet repræsentatio. Quando autem Emphyteusis est de providentia, non defertur ab aliquo ejus possessore, sed tantùm à domino, à quo fuit concessa, & huic immediatè succeditur, ut non semel in hac materia diximus. Unde cum dominus, regulariter saltem, sit extraneus respectu successorum, seu vocatorum ad illam, cessat in eis repræsentatio, cùm hæc solùm detur in successione ascendentis, aut patrui, qualis non est dominus. Nec obstat quod in feudis, quantumvis de providentia, datur repræsentatio ex omnium sententia: nam hoc est speciale in materia feudali, per textum, ubi Glossa, *verbo solum*, & Doctores communiter *in cap.* 1. *de natura successionis feudi*, *& in cap.* 1. *de successione feudi*, cum similibus apud Valascum *dicta q.* 50. *num.* 7. Ubi autem fuerit consuetudo, ut etiam in dicta Emphyteusi de providentia per repræsentationem succedatur, tali consuetudini standum erit.

SECTIO QVINTA.

Quæ personæ possint succedere in Emphyteusim?

Sex potissimum sunt personarum genera, quæ in præsentem quæstionem venire solent, nimirum feminæ, filij illegitimi, legitimati, conjuges, inter quos bona communicantur, monasteria, fiscus. Itaque de his omnibus singillatim dicendum est.

Utrùm feminæ succedant in Emphyteusim?

§. I.

SUMMARIUM.

In Emphyteusim tam secularem, quam Ecclesiasticam succedere possunt feminæ, nisi aliud sit expressum in investitura, vel per statutum, quidquid aliqui contradicant. n. 113.

Quando in contractu dictum est, quod pater accepit Emphyteusim pro se, & filijs, etiam filiæ intelliguntur comprehensæ, juxta veriorem sententiam. numer. 114.

Nomine filiorum veniunt etiam filiæ, præsertim in materia indifferenti ad feminas, & masculos. ibidem.

Quando pater Emphyteusim accepit pro se, & filijs, masculis, & feminis; utrique simul

simul ad eam admittuntur, & pariter inter omnes dividenda est. Nisi statutum, aut consuetudo regionis sit, quod extantibus masculis non succedant faminæ. num. 115.

Vtrùm quando Emphyteusis accepta est pro filijs, & descendentibus masculis, admittatur ad illam nepos ex filia? Vna sententia negat. n. 116.

Alia affirmat. n. 117.

113 PArtem quæstionis negativam tuentur aliqui apud Covarruv. *lib. 2. variarum, cap. 18. num. 1.* quos ex Theologis sequitur Azor *p. 3. lib. 10. tract. de Emphyteusi, cap. 9. in fine*, ubi hanc sententiam dicit communem. Ducuntur ea ratione, quod feudum ad fæminas non transeat, nisi cõtrarium in investitura exprimatur. Nõ nulli etiam apud Caldas *de nominat. q. 23. num. 9.* censent, fæminas esse incapaces Emphyteusis Ecclesiasticæ, quod sint magis privilegiatæ. quam viri, quia pro debito civili incarcerari non possunt. Nihilominus tamen, sive Emphyteusis sit sæcularis, sive Ecclesiastica, succedere in eam fæminas pariter, & masculos, nisi aliud expressum sit in investitura, aut per statutum, docent merito Covar. *supra*, Cald. *dicta q. 23. n. 8. & 10. & q. 24. à n. 27.* Valascus *de jure emphyt. q. 41. n. 2. & 4.* Molina *disp. 474. n. 9.* Fragos. *tom. 3. disp. 9. §. 9. n. 4. vers. quinimo*, & alij, quos referunt, estque communis sententia in praxi recepta. Probatur apertè ex Authentico *de non alienandis*, §. *Emphyteusis, ubi etiam Emphyteusis Ecclesiastica dicitur concedi posse pro filijs, & nepotibus masculis, & faminis.* In feudo est diversa ratio, quia non solet concedi, nisi pro servitio, quod fæminis non convenit. Quando autem Emphyteusis pro uno nominando concessa est, tunc si possessor decedat, relictis descendentibus legitimis, nemine ad illam nominato, non succedit in eam filia, aut neptis, nisi in defectum masculorũ ejusdem gradus in ordine descendentium, juxta decisionem Ordinationis Lusitanæ *lib. 4. tit. 36. §. 2. & 3.* quam *sectione præcedenti, §. ult. n. 110.* latius exposuimus.

Dubitabis verò primò, utrùm quando in contractu dictum est, quod pater accepit Emphyteusim pro se, & filijs, intelligantur etiam comprehensæ filię? Negant multi apud Valascum *dicta q. 41. n. 3.* qui fatetur hanc sententiam esse magis receptam. Nihilominus contraria sententia est longe verior, & hodie proculdubio receptior. Eam tenent idem Valascus *dicto n. 3.* Pinel. *in l. 3. Cod. de bonis maternis, numer. 33.* qui addit generali usu observari, ut filię in dicta specie admittantur, saltem in defectum masculorum; Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 32. à n. 3.* Molina *dicta disp. 474. num. 10.* & Fragos. *d. n. 4. cum seqq.* Adstipulatur Ordinat. Lusitana *lib 4. tit. 37. §. 6.* ubi nomine unius filij, quem Emphyteuta nominare voluerit, etiam filia intelligitur. Ratio verò est, quia nomine filiorum veniunt etiam filiæ, *l. quisquis, ff. de verborum signif.* præsertim in materia indifferenti ad fæminas, & masculos, ut per Hostiensem, Abbatem, & cæteros *in cap. dilecti, de arbitris*: Emphyteusis autem indifferens est, ut ex dictis constat. Accedit, quod, cum aliquis filios dixit in numero plurali, fæminæ etiam veniunt ex sermonis proprietate, *l. si ita scriptum. 46. in princ. ff. de legatis 2.* Neque minus in contractu, quando materia est indifferens, id locum habere debet, quemadmodum in ultima voluntate, cùm sit eadem prorsus ratio. 114

Dubitabis secundo, qua ratione admittantur filiæ, quando pater Emphyteusim accepit pro se, & filijs masculis, & fæminis? Respondetur admitti simul cum ipsis masculis, ita ut pariter inter omnes dividenda sit Emphteusis, saltem, per ęstimationem, nisi statu 115

statutum, aut consuetudo regionis sit ut extantibus masculis, non succedant fœminæ. Sic cum Bartholo, & communi Doctorum Covarruvias 2. *variarum*, c. 18. *n*. 1. *concl*. 2. Valasc *d. q*. 41. *n*. 4. & Mol. *d. disp*. 474. *n*. 11. qui plures referunt. Ratio adhibitę limitationis est, quia mens contrahentium, & clausulæ ab illis positæ interpretationem recipiunt ab statutis, & consuetudinibus loci, cum quibus, nisi aliud exprimant, censentur se conformare.

116 Dubitabis tertio. An quando Emphyteusis accepta est pro se, ac filijs, & descendentibus suis masculis, admittatur ad illam nepos ex filia? Negat Julius Clarus *dicto* §. *Emphyteusis*, *q*. 36. Azor *dicto tract. de Emphyteusi*, *cap*. 10. *q*. 3. & multi alij, quos refert, & sequi videtur Caldas *de nominat. q*. 24. *n*. 34. quibus magna ex parte accedit Mol. Theolog. *supra n*. 13. sequens Pinelum, quem ibi refert. Fundamentum vulgare hujus sententiæ est, quia masculus ex fęmina jure fęminæ censetur: unde in maioratibus, alijsque dispositionibus, concessio facta pro descendentibus, seu liberis masculis, intelligitur de descendentibus per masculū, ut per Bartholum *in l. liberorum*, *col*. 4. *ff. de verborum signif.* Et statutum excludens fæminas, etiam masculos ex eis repellit, ut latissimè per Tiraquel. *de primogen. q*. 12. *n*. 12.

117 Contrarium nihilominus non immerito sentit Valascus *dicta q*. 41. *n*. 5. quem relatis etiam alijs sequitur Fragos. *tomo* 3. *disp*. 9. §. 9. *n*. 9. dicens esse probabilius; quia concessio excludens fęminam non censetur excludere masculum ex ea, nisi quando agitur de conservanda familia, seu agnatione, ut bene docet Mol. Jurista *lib*. 3. *de primog. cap*. 5. *n*. 48. quod etiam admittit Mol. Theolog. *supra*, & apud eum Pinel. eo quod fæmina, & masculi ex ea descendentes in aliam familiam trāseant. Quando autem in concessione Emphyteutica soli masculi vocantur, tantummodò videtur attendi ad meliorem culturam rei Emphyteuticæ per masculos administrandæ; & ideo nisi ex investitura colligatur intentam esse familiæ conservationem, censeri non debent exclusi masculi à fæmina descendentes, cùm ad rei culturam non sint minus idonei, quam descendentes ex masculo. Molina Theologus cum Pinelo dicit, quòd fortè frequentius intentum talis concessionis est, ne Emphyteusis de familia egrediatur; & sic in priorem sententiam propendet, ut scilicet tales masculi non admittantur, nisi ex conjecturis intelligatur, aliam fuisse concedentis mentem. Illud verò rectius notat Fragos. *supra numer*. 11. cum Alciato *consil*. 15. *num*. 5. *vers. praterea respondeo*, *lib*. 8. in proposita specie, si extent etiam alij nepotes descendentes per viam masculinam, hos sine dubio præferendos esse nepotibus ex fæmina, arg. *text. in cap*. 1. *de eo, qui sibi, & haredibus suis, & in cap*. 1. §. 1. *Episcopum, vel Abbatem, in usibus feudi.*

Vtrùm illegitimi ad Emphyteusim admittantur?

§. II.

SUMMARIUM.

In Emphyteusim secularem concessam absolutè pro successoribus, sine restrictione ad filios, vel descendentes, perindè possunt, aut non possunt succedere filij illegitimi; atque possunt, vel non possunt in alia bona ejus, de cujus successione agitur. num. 118.

De jure Lusitano filius naturalis, etiam latè sumptus, succedit in bonis patris, perinde, ac si esset legitimus, si pater erat plebens tempore, quo illum suscepit: quid si pater erat eques, seu nobilis? n. 119.

Genitus ex ijs, inter quos non erat impedimen-

impedimentum, quominus valide possent matrimonio conjungi, censetur hodie simpliciter filius naturalis ad quoslibet effectus, licet non interveniant quædam aliæ conditiones jure communi requisitæ. eodem num. 119.

Quousque filius naturalis succedat matri, & avis, tam de jure communi, quam spectato jure Lusitano? n. 120.

Spurij tam à successione patris, quàm matris, cujuscumque sit qualitatis, omnino arcentur, si ex coitu damnato, & per leges pœnibili geniti sunt: tales autem censentur omnes ij, qui sunt geniti ex habentibus inter se impedimentum dirimens matrimonium; cæteri autem censentur naturales, & succedunt matri, esto sint de ijs, quos jus commune inter spurios numerat. n. 121.

Quemadmodum filij illegitimi admittuntur, aut excluduntur à successione ascendentium, ita pariter, si ipsi præmoriantur absque descendentibus, illis succedunt, aut non succedunt eorum ascendentes. ibid.

Vtrùm quando Emphyteusis est alicui concessa pro ipso, & ejus filijs, intelligendi sint etiam illegitimi, saltem naturales? Prima sententia negat. n. 122.

Secunda affirmat comprehendi filios naturales, nisi aliud ex particularibus circumstantijs appareat. n. 123.

Hæc secunda sententia præfertur, maximè quando conjici potest non fuisse intentionem contrahentium tales filios excludere. n. 124.

Assignantur tres casus, in quibus ex conjectura tamente cōtrahentium filij naturales ad Emphyteusim pro filijs concessam admittantur; nimirum, quando Emphyteusis fuit scienter concessa habenti tantùm filios naturales. Item quando fuit concessa illegitimo: ac denique quando dominus eam concedens erat illegitimus. eodem numero 124.

Retenta opinione, quod filij naturales admittuntur ad Emphyteusim absolutè pro filijs concessam, succedunt tales filij in eam Emphyteusim simul cum legitimis, vel solùm in defectum legitimorum, prout succedunt in alia bona libera suorum parentum; præterquam ubi aliud consuetudine receptum fuerit. Neque in contrarium stat Ordinatio Lusitana lib. 4. tit. 36. §. 4. ubi agitur de successione in Emphyteusim libera nominationis. n. 125.

Vtrùm quilibet filius, etiam spurius, possit succedere ex nominatione patris in Emphyteusim concessam expresse pro ipso patre, & quolibet filio, quem nominaverit, etiam bastardo? Prima sententia est negativa. n. 126.

Contraria tamen sententia est vera. n. 127.

Filius spurius potest à patre substitui pupillariter. ibidem.

Spurius potest ex nominatione patris succedere in Emphyteusim concessam cum libera facultate nominandi, seu pro eo, quem Emphyteuta nominare voluerit, nisi pater illam emisset. n. 128.

Habens liberam facultatem nominandi ad Emphyteusim, non potest ad eam nominare filium spurium concedentis. ibid.

118 HAc in re distinguendum est inter Emphyteusim secularem, & Ecclesiasticam, quod ad secularem attinet, hanc statuo conclusionem, quam ponit Mol. *disp.* 475. *n.* 1. dicens, esse communem Doctorum, quamvis non ita clarè loquantur. In Emphyteusim secularem concessam absolutè alicui pro ipso, & successoribus ejus, absque restrictione ad filios, & descendētes, perinde possunt, aut non possunt succedere illegitimi, atque possunt, vel non possunt in alia bona ejus, de cujus successione agitur. Ratio est, quia quando Emphyteusis secularis sic absolutè concessa esset, ut etiam ad extrâneos devenire possit, perinde de illâ quò ad successionem judicatur, atque de bonis liberis ipsam possidentis; ut non semel *in* 1. *&* 2. *sectione hujus disputat.* ex omnium sententia advertimus: ergo quo ad succedendum in talem Emphyteusim pari modo admittuntur, vel excluduntur illegitimi, atque quo ad succe-

succedendum in bona libera ejusdem possessoris. Quando autem, & quousque illegitimi in bona libera parentum, & aliorum consanguineorum succedant; non est hujus loci explicare. Videatur idem Molina *tomo* 1. *disp.* 166. & 167.

119 Illud tamen non omittam, de jure Lusitano *lib.* 4. *Ordin. tit.* 92. filium naturalem etiam latè sumptum, id est, genitum ex ijs, inter quos non erat impedimentum, quominus validè possent matrimonio conjungi (qui quidem filius, licèt non interveniant quædam aliæ conditiones jure communi requisitæ, hodie habetur simpliciter naturalis ad quoslibet effectus, teste Valasco *consult.* 134. *n.* 6. cum Bartholo, & alijs, quos refert) succedere in bonis patris, perinde, ac si esset legitimus, si pater erat plebeus tempore, quo illũ suscepit: secus autem, si pater erat eques, seu nobilis; in hoc enim casu, si pater habeat filios, aut descendentes legitimos, neque ex testamento, neque ab intestato potest talis filius succedere in ejus bonis: si autem pater solùm habeat ascendentes legitimos, potest illi relinquere suam Tertiam: & si neque ascendentes habeat legitimos, potest illum instituere in omnibus suis bonis. In nullo autem eventu succedit is filius patri intestato.

120 Circa successionem matris nihil Ordinationes Lusitanæ disponunt; & ideo quo ad illam notat bene Molina *disput.* 166. *n.* 13. standum esse in hoc regno dispositioni juris communis, secundùm quod filius naturalis succedit matri tam ex testamento, quàm ab intestato æquè cum filijs legitimis, excluditque quosuis ascendentes matris, etiam si illa sit illustris, *l. si qua illustris*, juncta Glossa ibi, *Cod. ad senatus consultum Orficianum, cum similibus*, & communis Doctorum apud eundem Mol. *n.* 10. qui addit pari modo succedere hunc filium per stirpem ascendentibus ipsius matris, si illa erat legitima; si autem erat filia naturalis, solùm succedere aviæ. Illum consule.

Circa filios etiam spurios nihil jure 121 Lusitano contra, aut præter jus commune dispositum est; & ideo circa illos etiam servandum in hoc regno est jus commune, quo tam à successione patris, quàm matris cujuscunque qualitatis omnino arceantur, si ex coitu dãnato, & per leges punibili geniti sunt. Qua de re latè idem Mol. *disp.* 167. *num.* 3. 7. & *seqq.* ubi in particulari declarat, quinam coitus ad dictum effectum sint punibiles; & tandem generatim statuit, tam in hoc regno Lusitaniæ, quam ubicunque ij tantùm censentur spurij, qui sunt geniti ex habentibus inter se impedimentum dirimens matrimonium, omnes tales spurios genitos esse ex coitu damnato; & non posse succedere patri, neque matri: cæteros verò illegitimos matri succedere, quia censentur naturales, esto sint de ijs, quos jus commune inter spurios numerat: consentit, spectato jure Lusitano, Valasc. *consult.* 29. *fine.* De jure autem communi tenet cum multis alijs, quos *eadem consultatione* refert, coitum damnatum ad dictum effectum, ut filius matri non succedat, illum tantùm esse, pro quo mater aliqua pœna legis ordinaria, vel extraordinaria punitur. Quæ sententia est communis. Denique illud etiam utiliter notandum, quemadmodum filij illegitimi admittuntur, aut excluduntur à successione ascendentium, ita pariter, si ipsi præmoriantur absque descendentibus, illis succedere, aut non succedere eorum ascendentes. Quam regulam ponit, & declarat idem Molina *dict. disp.* 166. *n.* 9. & 13. & *dicta disp.* 177. *n.* 2. alijsque in locis; ac pro eadem plurimos Doctores refert eos sequens Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordinat. reg. lib.* 4. *tit.* 93. *num.* 10.

Revertendo autem ad successionem 122 Emphyteusis secularis, non levis est controversia, quando concessa est pro aliquo

aliquo, & ejus filijs, an intelligendi sint etiam illegitimi, saltem naturales? Quidam absolutè negant, ut Angelus, Baldus, Decius, & alij apud Caldas *de nominatione*, *quæst.* 19. *n.* 9. qui *n.* 12. hanc sententiam veriorem dicit, licet postea eam variè moderetur, ut videbimus. Fundamentum est, quia illegitimi, etiam naturales, non censentur in jure filij, ex reg. *l. filium eum definimus, ff. de his, qui sunt sui.* Unde licet in ultimis voluntatibus, quod latam recipiant interpretationem, nomine filiorum contineantur etiam naturales, ut ad excludendum substitutum sub conditione, si hæres sine liberis decedat, quemadmodum multi docent, & colligitur ex *l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebellianum*, attamen in contractibus præsertim stricti juris, qualis est Emphyteusis, ea extensio admitti non debet, quia eorum verba sunt strictè, & propriè interpretanda, juxta notata *in l. quidquid adstringenda, ff. de verborum obligationibus, & in l. veteribus, ff. de pactis.* Accedit, quod domino convenientius est, non comprehendi ullos filios illegitimos in concessione talis Emphyteusis; cùm, illis exclusis, citius finiri possit, & consolidari cum proprietate: de unoquoque autem præsumi debet id egisse, & intendisse, quod sibi convenientius est.

123 Alij verò contrarium affirmant asserentes in proposita specie comprehendi filios naturales, nisi conditio personæ, aut res ipsa ex particularibus circumstantijs aliud suaserit. Ita Panormitanus, Speculator, Bartholus, & Alexander; quos citat, & sequitur Azor *part.* 3. *lib.* 10. *tract. de Emphyteusi, cap.* 10. *quæst.* 1. Sic etiam tenet Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, *§. Emphyteusis*, *quæst.* 30. citans Rippam, & alios. Et hanc sententiam communem esse fatetur Decius *in cap. in præsentia numer.* 46. *de probat.* licet eam non sequatur. Tenet etiam cum alijs Molina *dicta disp.* 475. *à n.* 42. ac novissimè Fragos. *tomo* 4. *dis.* 9. §. 16. *n.* 1. & 2. Probatur, quia regulariter valet argumentum ab ultimis voluntatibus ad contractus, ubi contrarium non invenitur dispositum: ergo, cum in ultimis voluntatibus nomine filiorum veniant etiam naturales; idem censendum est in contractu Emphyteutico, cum re vera inspecta vocabuli proprietate, illi etiam sint proprijssimè filij. Et licet tales censeri non soleant, id tantummodo videtur procedere, quando agitur de cõservanda, vel nobilitanda familia, ut in maioratibus, vel fideicommissis familiæ relictis, quod in Emphyteusi, & similibus contractibus non habet locum, saltem regulariter, ut bene advertit Molina *d. n.* 4. ubi etiam notat parvi momenti esse, quod dominus directus intendere posset, ut Emphyteusis citius finiatur, & consolidetur cum proprietate, deficientibus filijs legitimis; quia non solent domini talem intentionem habere, & quando id intenderent, deberent id declarare; apponendo aliquã clausulam, qua ostenderent, se omnino excludere illegitimos: Quod maximè procedit in hoc regno Lusit. ubi filij naturales homines plebei ad hæreditatem paternam admittuntur, quemadmodum legitimi. Neque obstat regula *dicta l. filium eum*; nam ibi solùm ad effectum distinguendi varias hominum conditiones, & status, dictum est, eum censeri filium simpliciter, qui legitimus est: cum quod stat, quod juxta rigorosam vocis proprietatem etiam illegitimi verè, & propriè filij sunt: unde nisi circunstantiæ rei aliud exigant, non minus naturales, quam legitimi eo vocabulo comprehenduntur.

Hæc secunda sententia mihi magis probatur, præsertim quando cõcurrunt circunstantiæ indicantes aliquo modo mentem cõtrahentium non esse, filios naturales à *d.* Emphyteusi excludere; 124

cum qua moderatione huic sententiæ accedit cum alijs Caldas *dict. q. 19. à n. 16.* ubi ponit aliquos casus, in quibus ex conjecturata mēte contrahentium naturales filij admittuntur. Primus est, quando talis Emphyteusis concessa fuit habenti tantùm filios naturales, eaque circunstantia nota erat concedenti; quod similiter cum Alvoroto dicendum sentit in feudo, esto filij naturales ad illud aliàs non admittātur *per cap. 1. §. naturales, si de feudo fuerit controversia inter dominum.* Secundus est, quando talis Emphyteusis concessa fuit illegitimo, quòd tunc non videatur dominus exclusisse filios propter qualitatem, quam in parente admisit. Neque obstat *l. generaliter, §. cum autem, Cod. de institutionibus, & substitutionibus,* ubi instituto filio naturali, & substituto legitimo, si ille institutus sine filijs decessisset, non excluditur talis substitutus per filium naturalem instituti. Ad hoc enim multas responsiones adhibet Glossa, ut tali dispositione non obstante, filius naturalis substitutum excludat. Et Caldas *supra num. 20.* ait, responderi posse, in illo casu fuisse institutum naturalem, & substitutum legitimum ex aliqua particulari causa affectionis erga naturalem; & propterea nullum inde fieri argumentum in favorem naturalium: in Emphyteusi autem concessa illegitimo non considerari peculiarem affectionem erga illum pro aliquo legitimo, sed simpliciter fuisse in illo eam qualitatem approbatam; ac proinde non posse in reliquis reprobari. Tertius est, quando dominus Emphyteusim concedens, erat illegitimus; quia non videtur sibi similes neglexisse. Et confirmatur, quia ex conjecturis, quibus fœmina intelligitur non esse exclusa à successione majoratus, est, si is fuit institutus per fœminam, ut per Tiraquelum *in l. 5. connubiali, à num. 26.* & communem. Unde addit Caldas *supra num. 21. & 66.* cum Decio, hanc resolutionem procedere, licèt concedens sit constitutus in dignitate; quia magis debet attendi qualitas ipsi naturalis, quàm accidentalis, *l. 3. in principio, ff. de tutelis.*

125 Quæres autem, utrùm juxta traditam resolutionem filij naturales succedant in dicta Emphyteusi simul cum legitimis, vel solùm in eorum defectū? Beroius apud Azor *supra*, existimat, succedere tantùm in defectum legitimorum, idemque sentit Fragos. *d. §. 16. n. 2.* Dicendum nihilominus videtur, succedere eodem modo, quo succedunt in bona libera suorum parentum: itaque in Lusitania succedere patri simul cum filijs legitimis, si pater erat plebeus: si autem erat nobilis, succedere tantùm in defectum succedentium legitimorum: matri autem sive nobili, sive ignobili succedere pariter cum legitimis; nam hoc modo succedunt in hoc regno in bona libera parentum, ut supra advertimus. Et ita in specie sentit Mol. *d. disp. 475. n. 4. ad finem.* Cùm enim dicta Emphyteusis concedatur simpliciter pro filijs, mens contrahentium videtur esse, ut eodem modo ad filios perveniat, quo juxta leges perveniunt alia parentum bona. Neque in contrarium stat Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 36. §. 4.* ubi loquendo de Emphyteusi liberæ nominationis statuit, ut, si pater decedat, nemine ad eam nominato, succedat in illam aliquis ejus filius, aut descendens legitimus, servata gradus, sexus, & ætatis prærogativa: in defectum autem descendentium legitimorum succedat filius naturalis. Nam, cùm sermo sit de Emphyteusi, in qua unus tantum succedere debet, meritò legitimus præfertur naturali, illumque excludit: hic autem loquimur de Emphyteusi, in qua plures filij succedere possunt; cum (ut supponimus) sit absolutè pro filijs concessa; & ideo nihil obstat, quominus filius naturalis simul cum legitimis ad eam admittatur, quando similiter pa-

ad alia bona parentum admitteretur. Intellige autem omnia prędicta, ubi aliud pręscripta consuetudine receptũ non fuerit: nam cum tali consuetudine intelligentur contrahentes se conformare voluisse, quando contrarium non expresserint.

126 Dubium praeterea est, utrùm ex patris nominatione possit succedere quilibet filius illegitimus, etiam spurius, in Emphyteusim concessam expresse pro ipso patre, & quolibet filio, quem nominaverit, quantumvis bastardo? Negat Mol. *d. disp.* 475. *n.* 6. Ducitur, quia dominium utile talis Emphyteusis efficitur proprium ipsius patris Emphyteusim accipientis, & ab eo dirivatur ad successores, quemadmodum alia ejus bona: filius autem spurius est incapax succedendi in aliqua bona suorum parentum, ut supra notavimus, & apud omnes est in confesso: ergo in dictam Emphyteusim succedere non potest, quantumvis ad eam nominetur à patre juxta dominicam concessionem. Confirmatur ex Ord. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 96. §. 4. *in fine.* ubi à successione Emphyteusis liberæ nominationis, ad quam pater neminem nominavit, omnino excluditur filius spurius, nisi sit legitimatus, ut succedere possit parẽtibus ab intestato.

127 Oppositum nihilominus docet merito Cald. *d. quæst.* 19. *de nomin. n.* 22. *& seqq. & quæst.* 21. *num.* 23. quia spurij non sunt incapaces Emphyteusis, sicut nec aliorum bonorum, si eis ab alio, quàm à parentibus relinquantur, aut concedantur, ut etiam admittit Molina *dicto n.* 6. sed tantùm sunt incapaces succedendi parentibus, & ab eis accipiendi: qui autem capit Emphyteusim nominatus à patre habente à domino facultatem nominandi, non succedit in ea patri, neque à patre illam capit, sed tantũ à domino concedente, ut non semel in hac disp. adverti: ergo si pater habens facultatem nominandi filium spurium, illum nominet, nihil obstat, quominus is talem Emphyteusim obtinere possit, aut debeat, cùm dominus eam illi concedat, non verò pater, qui nihil de suo præstat. Confirmatur, quia licet spurius non possit succedere in bonis patris, attamen potest ab illo substitui pupillariter, & ex vi talis substitutionis succedere in hæreditate fratris legitimi, ut cum Bartholo, Covar. & alijs tradit idem Mol. *disp.* 167. *ante* 4. *conclusionem*, *per l. si is, qui*, 6. *ff. de vulgari, & pupillari*, ea ratione, quia in hoc casu non tam à patre, quam à pupillo fratre videtur accipere, ut notavit Glossa *in* §. *finali, verbo participium, Authentico, quibus modis naturales efficiantur sui*: ergo similiter cùm filius spurius dictam Emphyteusim non capiat à patre, sed à domino, legitimè potest in eam succedere.

Quam resolutionem ampliat idem Caldas *dicta quæst.* 19. *num.* 26. *&* 27. *& quæst.* 21. *num.* 22. ut etiam procedat, quando Emphyteusis concessa fuit cum libera facultate nominandi, seu pro eo, quem Emphyteuta nominare voluerit; quia sub tam generali concessione etiam illegitimi videntur contineri. Limita verò; nisi pater eam Emphyteusim emisset, quia tunc Emphyteusis à substantia, & bonis paternis censetur provenire: spurius autem nihil potest accipere à patre præter alimenta. Ita cum alijs Pragos. *dicto* §. 16. *sub n.* 6. & Caldas *dicta quæst.* 19. *num.* 24. qui etiam *n.* 26. *in fine, & num.* 63, bene advertit, habentem liberam facultatem nominandi non posse nominare ad Emphyteusim filium spurium concedentis; quia cùm talis Emphyteusis capiatur à concedente, jam filius spurius acciperet à patre, quod leges non permittunt. Hactenus de Emphyteusi sæculari. 128

An etiam ad Emphyteusim ecclesiasticam admittantur illegitimi?

§. III.

SUMMARIUM.

Illegitimi generatim loquendo non succedunt in Emphyteusim ecclesiasticam. num. 129.

Quæ resolutio maxime procedit in Emphyteusi pro filijs concessa. n. 130.

Ampliatur 1. tradita resolutio, ut etiam in Emphyteusim concessam absolute, pro hæredibus, & successoribus, non succedant illegitimi. Habetque locum hæc ampliatio etiam in hoc regno Lusitaniæ circa filios naturales hominis plebei, quamvis oppositum sentiat Gama, atque ita non semel judicatum esse affirmet: si tamen ita habeat consuetudo, illi standum est; & si inde minuatur legitima talis filij naturalis compensanda ei est ex alijs bonis. ibid.

Ampliatur 2. ut etiam non succedant illegitimi in Emphyteusim ecclesiasticam concessam pro eo, quem Emphyteuta nominaverit. Id verò non procedere in hoc regno Lusitaniæ sentit Gama. Alij tamen hanc limimitationem rejiciunt. n. 131.

Ampliatur 3. ut non admittatur illegitimus, etiam si Prælatus, qui Emphyteusim concessit, esset illegitimus. n. 132.

Ampliatur 4. ut non possit succedere illegitimus, etiam si is, cui Emphyteusis primo fuit concessa, illegitimus fuerit. n. 133.

Ampliatur 5. ut etiam non possit primo acquiri Emphyteusis ecclesiastica ab illegitimo; si concedentem latebat eum illegitimum esse. n. 134.

Utrùm quando Emphyteusis ecclesiastica fuit concessa per ignorantiam illegitimo ad plures personas, talis concessio subsistat quoad personas habiles? n. 135.

Illegitimi possunt succedere in Emphyteusim ecclesiasticam, quando concedens significavit se etiam pro illegitimis eam concedere. n. 136.

Emphyteusis ecclesiastica potest laudabiliter concedi illegitimo ex justa causa. eodem. n. 136. fine.

Quando Emphyteusis ecclesiastica concessa est alicui, & pro ijs, quibus ille eam voluerit dare; vel pro quibuscunque ejus descendentibus, vel pro eo, & quocunque alio, quem ille ad eam nominaverit: aut sub similibus formis, potest in eam succedere illegitimus. n. 137.

Filij illegitimi possunt succedere in Emphyteusim ecclesiasticam concessam patri pro ipso, & ejus filijs, si tempore concessionis solùm habeat filios illegitimos, idque notum erat concedenti: nec dabatur spes, quod talis pater legitimos filios esset habiturus. n. 138.

Imo probabile est, quod etiam quando daretur spes fore, ut ille pater legitimos filios haberet, possunt illegitimi in eam Emphyteusim succedere. ibidem.

Illegitimus, qui nulliter ob eam qualitatem in Emphyteusim ecclesiasticam successit, eam acquirit, ac retinere potest, si Ecclesia, vel ejus Rector sciens illius defectum pensionem ab eo recepit, maximè si eam recepit per decennium. n. 139.

Utrùm illegitimus possit acquirere Emphyteusim ecclesiasticam titulo præscriptionis? n. 140.

Nepos legitimus ex filio illegitimo potest succedere in Emphyteusim ecclesiasticam avi. n. 141.

Hoc tamen limitatur, nisi pater talis nepotis sit genitus ex coitu incestuoso. Sed adhuc in hoc casu poterit talis nepos succedere in Emphyteusim de providentia, quam avus habebat. ibidem.

Pater talis nepotis non acquirit usumfructum Emphyteusis, neque aliorum bonorum, quæ ab avo ad illum nepotem devenerunt, in quibus pater succedere non poterat. eodem num. 141.

Utrùm habens filium spurium possit Emphyteusim, & alia sua bona relinquere, aut inter vivos donare uxori talis filij. num. 142.

Circa

129 Circa Emphyteusim ecclesiasticam generalis resolutio est, illegitimos in eam non succedere. Ita Julius Clarus *lib. 4. sentent. §. Emphyteusis, q. 30.* Gama *dec. 2. n. 1. & decis. 149. n. 2. & dec. 377. n. 2.* referens DD. *in l. generaliter 16. §. cum autem, C. de instit. & substit.* Caldas *de nominat. quæst. 19. à num. 28. & quæst. 20. à n. 3.* Molina *disp. 475. n. 7.* Fragos. *tom. 3. disp. 9. §. 16. num. 10. & 11.* & cæteri cõmuniter. Fundamentum est, quia licet illegitimi tam naturales, quam spurij culpa vacent, tamen sunt valde odiosi Ecclesiæ propter peccaminosum actũ, quo concepti sunt; & ideo quando Ecclesia Emphyteusim cõcedit verbis generalibus, & indifferentibus ad quoscumque filios, non censetur illegitimos cõprehendere, ut vel sic homines ab illo actu illicito arceantur; quę fuit ratio, ob quam leges civiles prohibuerunt, ne illegitimi hæredes à parentibus instituerentur, ut habetur *l. final. C. de naturalib. liber.* ibi, *filijs naturalibus relinqui constitutiones ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrænandum esse existimaverunt.* Accedit, quòd alioqui invitarentur, & quodãmodo pertraherentur Emphyteutæ ad peccatum, cum homines naturaliter desiderent bona sua filijs relinquere: Ecclesia autem non censetur velle peccandi occasionem, & incitamentum præbere.

130 Tradita resolutio maximè procedit in Emphyteusi pro filijs concessa: in qua specie ab omnibus recipitur, tum ob rationem assignatam, tum etiam, ne Ecclesia videatur de peccato parentum, & tam odiosa sobole cogitasse, quod maximè ab ipsius Ecclesiæ authoritate, & sanctitate abhorret. Ampliatur autem primo, ut etiam procedat in Emphyteusi concessa absolutè pro hæredibus, & successoribus. Quod licet sub his terminis à citatis DD. non tradatur, est tamen de mente eorum, quatenus absolutè docent, Emphyteusim ecclesiasticam non censeri concessam pro odiosis ipsi Ecclesiæ: maximè vero hanc ampliationem probat Mol. *d. n. 7.* ubi statuit, & communem Doctorum sententiam esse affirmat, etiam in Emphyteusim concessam cum facultate transmittendi illam ad quoscumq; hæredes, & successores, non posse succedere filios illegitimos, etiam naturales; in qua tamen specie, quid nobis dicendum videatur, inferius aperiemus. Illud verò mihi probatur, quod tradit idẽ Mol. *n. 8.* hanc ampliationẽ locum etiam habere in hoc regno circa filios naturales hominis plebei, non obstante Ord. *lib. 4. tit. 92.* quæ illos habilitat ad succedendũ in bonis patris quemadmodũ legitimos. Cùm enim Ecclesia Emphyteusim pro hæredibus cõcedens non intelligatur comprehendere filios illegitimos, etiã naturales, non satis est, quod per l. civilẽ habilitentur ad succedendum patri, ut in eam Emphyteusim contra ipsius Ecclesiæ intentionẽ succedere possint. Quãvis oppositum sentiat Gama *d. dec. 2. n. 6.* ubi affirmat, non semel judicatum fuisse in hoc regno in favorem talium filiorum. Addit autem merito idem Mol. si filius naturalis à tali Emphyteusi excludatur, cõpensandum ei esse ex alijs parentum bonis, ne minorem legitimã obtineat, quam si Emphyteusis esset secularis. Item videndum esse, num in hoc regno pręscripta consuetudine receptum sit, ut etiam in talem Emphyteusim hi filij succedant; si enim talis sit consuetudo, illi proculdubio standum est.

Ampliatur secundo eadem generalis resolutio, ut etiam procedat in Emphyteusi concessa pro eo, quem Emphyteuta nominaverit. Nõ posse enim 131
nominari, nec succedere in ejusmodi Emphyteusim filium illegitimũ, etiam naturalẽ talis Emphyteutæ, docent in specie Gama *d. dec. 2. n. 2.* cum Decio, & Barth. Cald. *d. q. 19. n. 30. & 31.* Mol. *supra num. 8.* & alij. Ratio patet ex dictis, cùm concessio generalis odiosos non

non comprehendat, nec Ecclesiæ dignitas patiatur, ut, quando talem Emphyteusim concessit, de filio illegitimo cogitasse intelligatur. Credit autem Gama *dict. decis.* 2. *n.* 6. & *decis.* 377. *n.* 7. hanc ampliationem non habere locum in hoc regno propter Ordinationem regiam *lib.* 4. *tit.* 36. §. 4. ubi filius naturalis in defectum legitimorum admittitur ad Emphyteusim nominationis. Quam Ordinationem procedere, & vim habere etiam in Emphyteusi ecclesiastica, probat citatus Doctor referens alios; quia, cùm non agatur de dominio directo, quod semper remanet penes Ecclesiam, sed tantùm de succedendo in dominio utili, quod est merè laicum, non est, cur non comprehendatur dispositione legis civilis statuentis absolutè modum, & ordinem succedendi in Emphyteusibus, maximè cùm nullum inde præjudicium Ecclesiæ sequatur: idem novissimè relatis alijs tuetur Fragos. *tom.* 3. *disp.* 9. §. 16. *n.* 3. Nihilominus tamen oppositum sentiunt Caldas *de nominatione q.* 19. *n.* 31. & Mol. *dict. n.* 8. & meritò, quia contra voluntatem Ecclesiæ non intendentis comprehendere ullos filios illegitimos in concessione Emphyteutica vim non habet dicta Ordinatio Lusitana, neque lex alia civilis.

133 Ampliatur tertiò, ut procedat, quanvis Prælatus Emphyteusim ecclesiasticam concedens esset illegitimus. Sic Caldas *dicta q.* 19. *n.* 68. & Molin. *dicta disp.* 475. *n.* 11. Ratio est, quia, cùm Prælatus Emphyteusim ecclesiasticam concedat tanquam administrator bonorum ipsius Ecclesiæ, & ut minister illius, potius censetur illam concedere habito respectu ad qualitatem, & dignitatem ipsius Ecclesiæ, quam ad qualitatem propriæ illegitimitatis, & consequenter juxta intentionem potius Ecclesiæ illegitimos excludentis, quàm juxta affectionem erga sibi similes in qualitate illegitimitatis.

Ampliatur quartò, ut similiter procedat, quanvis ille, cui Emphyteusis primò concessa est ab Ecclesia, fuerit illegitimus. Hanc enim non esse sufficientem rationem, aut conjecturam, ut talis Emphyteusis intelligatur similiter concessa pro illius filijs, aut alijs descendentibus illegitimis, docent meritò Caldas *de nominat. q.* 20. *num.* 3. Molina *loco proximè citato*, & cum alijs Fragos. *dicto*, §. 16. *n.* 7. quanvis oppositum senserit Baldus *in cap. qua in Ecclesiarum, de constitut. n.* 4. quem aliqui sequuntur. Ratio est; quia primus, cui illegitimo Emphyteusis concessa est, potuit tanquam bene meritus, & vitæ admodum laudabilis ab Ecclesia probari, juxta tradita *in cap.* 1. & *cap. nunquam*, & *cap. penultim. distinct.* 56. quę approbationis ratio non procedit in alijs, quos Ecclesia nec cognovit, nec amavit; maximè cùm adversus ejusmodi illegitimos stet juris præsumptio, quòd non sint futuri laudabilis vitæ, & conversationis, ut notatur *in cap. si gens Anglorum, eadem dist.*

Ampliatur quintò, ut etiam non possit acquiri primò Emphyteusis ecclesiastica ab illegitimo, si concedentem latebat eum esse illegitimum. Sic cum Afflictis resolvit Caldas *dicta q.* 19. *n.* 70. dicens, non semel ita fuisse judicatum per gravissimos Senatores, & Mol. *dicta disp.* 475. *n.* 19. Ratio est, quia qualitas illegitimitatis est talis, & tam odiosa Ecclesiæ, ut præsumi debeat, quòd Prælatus Emphyteusim non concederet illegitimo, si ejus maculam sciret. Quod bene confirmatur ex *c.* 1. §. *personam, per quos fiat investitura*, ibi, *Personam autem investituram accipientis non distinguimus; nam etiam servus investiri poterit, nisi ignorantia prætendatur*, id est, nisi talis qualitas ignoretur. 134

An verò, quando per ignorantiam Emphyteusis ecclesiastica fuit concessa illegitimo ad plures vitas, talis concessio subsistat quoad personas habiles 135

in ea investitura comprehensas? Disputat latè in utranque partem Cald. *dicta quæst. 19. à num. 75.* Et quanvis *n. 82.* negativam partem magis probare videatur ea ratione, quod vitium primi impetrantis tanquam in capite contingens nocere videtur alijs, pro quibus ille, tanquam membris minus principalibus, & ab eo dependentibus, stipulatus est, cùm incapacitas principalis nocere soleat accessorijs, & radix vitiata infestos fructus producat; attamen *n. 81.* oppositam sententiam æquam esse affirmat, fuisseque aliquando post longam, & maturam deliberationem à Senatu approbatam; cujus fundamentum est, quia quando alicui conceditur Emphyteusis in plures vitas, tot sunt concessiones, quot vitæ, seu personæ ad eam vocatæ: omnes enim, & singulę illam capiunt immediatè ab ipso concedente; & ideo, licèt prima persona sit incapax, nec in ea effectum habeat concessio, id non tollit, quominus effectum sortiatur in alijs personis habilibus, juxta regulam, *Quod utile non vitiatur per inutile, c. utile, de reg. juris in 6.* Et hæc sententia mihi magis probatur. Jam verò, si Emphyteusis sit concessa pro marito, & uxore, & uno filio utriusque, quem nominaverit, qui ultimus eorum decesserit, ut sæpe contingit in hoc regno, tunc docet, & probat latè Caldas *supra n. 84. & seqq.* quòd, attenta praxi hujus regni, mariti incapacitas non officit, quominus talis Emphyteusis in solidum acquiratur uxori.

136 Limitatur verò eadem generalis resolutio, ut non procedat, quando cōcedens significavit tacitè, aut expressè, se etiam pro illegitimis Emphyteusim concedere. Quam limitationem omnes communiter admittunt, ut advertit Caldas *de nominat. q. 20. n. 7. & 21.* & sequitur relatis alijs Frag. *tomo 3. disp. 9. §. 16. n. 8. & 9.* Ratio est, quia, quòd illegitimi ab Emphyteusi excludantur, non provenit ab aliqua juris canonici, aut civilis dispositione: nullibi enim à jure redduntur inhabiles ad Emphyteusim obtinendam, sed tantùm à voluntate, & intentione concedentis, qui, si sit persona præfulgens dignitate, ut est Ecclesia, & Prælatus, qui ejus bona administrat, sufficientem præbet conjecturam, se non intendere Emphyteusim concedere pro illegitimis, ut pote cum peccato genitis, & propterea valde odiosis Ecclesiæ. Unde quando ejusmodi conjectura cessaverit, ut quando ipsemet concedens aliquo modo declaravit, se non intendisse illegitimos excludere, nulla est ratio, cur admittendi non sint. Et advertit bene Mol. *disp. 475. n. 10.* licèt regulariter non sit expediens, neque decens, ut Emphyteusis ecclesiastica concedatur illegitimo, tamen accedere posse legitimam causam, ob quam laudabiliter illis concedatur, ut quia ipse, aut ejus parens benemeritus est de Ecclesia, vel quia utilius illam administrabit, quàm quivis alius, & similes.

Ex qua limitatione colliges primò, si Emphyteusis ecclesiastica concedatur alicui sub ea forma, *Tibi, & quibus eam dare volueris*, vel, *tibi, & alteri, quem volueris*, posse ad eam nominari illegitimum, etiam spurium. Ita Gama *dec. 2. n. 3. & dec. 149. n. 3. & dec. 177. n. 6.* ubi ait, sæpe à se ita judicatum, & Cald. *de nomin. q. 20. n. 8. & q. 21. n. 22.* quod etiam tenet August. Barbos. *in collect. ad cap. petuit, de locato, n. 152.* Ratio est, quia illa verba, *quem volueris*, important omnimodam libertatem eligendi, ac proinde satis per illa declaratur mens concedentis esse, ut etiam spurius eligi possit ad talem Emphyteusim. Unde ob eandem rationem credo, posse succedere illegitimum in Emphyteusim ecclesiasticam, quando concessa esset sub his, aut similibus formis, *Tibi, & quibuscunque tuis liberis, & descendentibus*, vel *pro te, & quocunque, quem ad eam nominaveris;* 137

quia ejusmodi etiam formæ omnimodam eligendi libertatem tribuunt, quidquid Mol. *disp.* 475. *n.* 12. & alij, quos citat, & sequitur Aug. Barbosa *supra*, in oppositum doceant. Et hinc quando Emphyteusis ecclesiastica concessa est alicui, & pro quibuscumque ejus hæredibus, & successoribus dicendum similiter est, posse in eam succedere illegitimum in omnibus eventibus, in quibus jure permissum est, ut hæres esse possit respectu talis Emphyteutæ.

138 Colliges secundo, posse succedere filios illegitimos in Emphyteusim ecclesiasticam concessam patri pro ipso; & ejus filijs, si tempore talis concessionis solùm habeat filios illegitimos, idque notum erat concedenti, nec jam dabatur spes, quod talis pater legitimā prolem suscepturus esset. Ita Caldas *dicta q.* 20. *n.* 38. & Mol. *dicta disp.* 475. *n.* 12. Ratio est manifesta, siquidem in hac specie apertè constat, velle concedentem comprehendere in tali concessione filios illegitimos, quos primus accipiens habet. Imo verò non desunt, qui sentiant, quoties Ecclesia, seu eius Rector Emphyteusim alicui absolutè concessit pro ipso, & ejus filijs, sciens eum habere filios spurios, aut naturales, censeri eos admisisse, licet accipiens adhuc posset habere legitimos: quia eo ipso, quod in tali casu illegitimos non exclusit, censetur illos comprehendisse, Ita cum Alvoroto, & Baldo Caldas *d. q.* 20. *n.* 8. *fine*, *&* *n.* 13. Item Paleotus apud Azor *dicto tract. de Emphyteusi*, *cap.* 10. *q.* 2. Quæ sententia mihi est satis probabilis, licet Azor *loco citato* ab illa recedat.

139 Colliges tertio, licet illegitimus in Emphyteusim ecclesiasticam nulliter ob eam qualitatem succedat, tamen si postquam Ecclesia, seu ejus Rector illius defectum agnovit, pensionem ab eo recipiat, nihil contra eum opponendo, satis hoc esse, ut validè, ac licitè Emphyteusim sibi acquirat, & retinere possit; ut probabile dicit Caldas *de nominat. q.* 19. *n.* 78. quia Ecclesia tunc recipiendo pensionem, tacitè censetur consentire, ut ille Emphyteusim obtineat, non obstante natalium defectu, ut in simili de emptore, qui nulliter ob defectum dominici cōsensus Emphyteusim comparavit, dictum à nobis est cum eodem Cald. & alijs *disp. praced. sect.* 8. §. 3. Quod maximè procedit, si Ecclesia per decennium post dictam notitiam pensiones accepit, ut tradit Gama pluribus in locis, & in specie *decis.* 149. *n.* 5. Verùm sufficere, quod semel pensionem recipiat, multò verius est, ut constat ex ijs, quæ *citata disp. d.* §. 3. *sect.* 8. cum Mol. Sanch. & alijs tradidimus, & admittit Caldas *d. q.* 19. *n.* 78. siquidem per unam tantùm pensionis receptionem sufficienter probatur Ecclesiæ consensus.

Si autem quæras, utrùm etiam titulo præscriptionis possit illegitimus acquirere Emphyteusim, si eam possedit tempore ad præscribendum sufficienti, juxta ea, quæ hac de re diximus *disp.* 1. *sect.* 2. §. 2. Rem esse dubiam censet Caldas proximè citatus *n.* 79. Cæterum mihi satis probabilis est pars affirmativa, quam tenuerunt quidam Senatores allegati ab eodem Caldas, & videtur tenere Gama *dec.* 377. *n.* 5. quatenus refert, nec refellit quemdam advocatū hanc partem allegantē & probantem ea ratione, quod præscriptio æquiparatur pacto, & tantùm potest, quantum pactum, juxta Baldum, & alios: ex pacto autem, & consensu domini, seu Ecclesiæ, posset spurius acquirere à principio Emphyteusim ecclesiasticam, ut ex dictis constat: ergo etiam illam potest acquirere per præscriptionem. Cui resolutioni consonat Valascus *consult.* 19. *n.* 6. *& seqq.* ubi admittit spuriū, qui bona fide possidet bona patris credens se esse legitimatum, præscribere longo tempore: si autem credebat se esse legitimum, 140

præs-

præscribere tempore longissimo; & similiter, licet sciret se esse spurium, tamen ex errore juris putabat, se legitimè possidere. Quæ doctrina est valde notanda propter frequentes casus in hac materia occurrentes.

141 Dubitatur præterea, utrùm nepos legitimus ex filio illegitimo succedere possit in Emphyteusim ecclesiasticam avi? Respondetur ex Caldas latissimè hac de re tractante *dicta quæst.* 19. *à num.* 35. Mol. *d. disp.* 475. *à num.* 9. & alijs, quos referunt, ejusmodi nepotem non esse incapacem succedendi avo in Emphyteusi ecclesiastica, ac proinde posse avum eam illi relinquere, vel si sit Emphyteusis nominationis, illum ad eam nominare, dummodo id non faciat contemplatione filij illegitimi, sed tantùm ipsius nepotis, quod semper est præsumendum, neque in præjudicium aliorum descendentium, quibus ea Emphyteusis debeatur. Probatur, quia talis nepos, cùm sit legitimus, est capax talis Emphyteusis, quemadmodum & beneficiorum ecclesiasticorum, & potest avus illum instituere hæredem cum moderatione proximè assignata: unde non est, cur etiam Emphyteusim illi relinquere non possit, dicta moderatione adhibita. Excipiunt autem citati Doctores, nisi pater talis nepotis sit genitus ex coitu incestuoso, quod nepos ex tali filio in nullis bonis avi succedere possit, arg. *l. siquis incesti, Cod. de incestis nuptijs.* Sed hoc non videtur habere locum in Emphyteusi de providentia, cùm hæc non concedatur, nec proveniat ab avo ad eam nominante, sed tantùm ab ipsa Ecclesia, cui nepos ille odiosus non est, cùm sit legitimus. Et ita videtur sentire Caldas *d. q.* 19. *n.* 53. Addunt præterea ijdem Doctores, licet nepos succedens in dictam Emphyteusim avitam sit adhuc sub potestate patris, non acquiri usumfructum talis Emphyteusis ipsi patri illegitimo, sicut nec aliorum bonorum avi, quæ ad nepotem devenerunt, in quibus pater succedere non poterat; quia in tali eventu nullum emolumentum ex illis bonis habere potest, etiam per interpositam personam, arg. text. *in d. l. siquis incesti, Cod. de incestis nupt.* & *in l.* 1. *Cod. de naturalib. liberis*, ibi, *sive per interpositam personam.*

Vtrùm autem habens filium spurium possit Emphyteusim, & alia bona sua relinquere, aut inter vivos donare uxori talis filij? Disputat. latè idem Caldas *de nominat. q.* 19. *à n.* 55. ubi sine difficultate partem affirmativam admittit, quando inter tales conjuges nulla bonorum daretur communicatio, ita ut nec ususfructus talis relicti acquireretur marito, sed totum fieret uxoris, in quo etiam consentit Molina *tom.* 1. *disp.* 167. *n.* 17. Quando autem ratione saltem societatis relicta, vel donata uxori communicarentur marito, res est valde dubia, & in utramque partem disputabilis, ut videre est apud eundem Cald. *num.* 56. *& seqq.* Qui tandem *n.* 60. in ea videtur permanere sententia, ut non liceat socero dare, aut relinquere nurui bona aliqua patrimonialia, quę filio illegitimo communicentur; licitum autem esse illum nominare ad Emphyteusim, esto inde sequatur utilitas filio illegitimo, eo quod Emphyteusis nominationis non proveniat à nominante, qui tantùm nudo ministerio utitur, sed à domino, qui illam immediatè concedit nominato. Ex quo fundamento diximus supra *n.* 127. posse spurium succedere in Emphyteusim nominationis, ad quam pater eum nominaverit. 142

Utrum legitimati succedant in Emphyteusim?

§. IV.

SUMMARIUM.

Legitimatio filiorum tribus modis fieri potest; & quinam illi modi sint? n. 143.

Princeps secularis solùm potest legitimare, quoad secularia. Et ecclesiasticus, nimirum Papa, quoad spiritualia, & ecclesiastica, ibidem.

Aliud est legitimare illegitimum, aliud dispensare cum illo. Et quando num ejusmodi beneficium à Principe concessum censeatur propria legitimatio, & quando dispensatio? n. 144.

Quando habilitatio illegitimi est tantùm dispensatio, strictè interpretanda est: quando verò est propria legitimatio, amplè. n. 145.

Filius legitimatus per subsequens matrimonium succedit in Emphyteusim tam ecclesiasticam, quàm secularem, perinde, ac si ex legitimo matrimonio natus esset: nisi aliud in concessione Emphyteutica expressum sit, n. 146.

Succedit similiter in maioratus, & quælibet alia bona; quod in regno Lusitaniæ ita receptum est, ut etiam ad bona coronæ admittatur. ibidem.

Etiam ad Emphyteusim concessam pro filijs legitimè natis, vel pro natis ex legitimo matrimonio, filij sic legitimati admittuntur. Nec valeret lex civilis, quæ taliter legitimatos ab Emphyteusi seculari excluderet. eodem numero 147.

Quid de jure canonico, & civili requiratur ad legitimationem per subsequens matrimonium? n. 148.

Legitimatus per subsequens matrimonium cum solis requisitis juris canonici evadit hodie simpliciter legitimus etiam ad secularia. Quod aliter olim erat, si ad talem legitimationem deerant requisita per jus civile. eodem n. 148.

Legitimatus per dispensationem Summi Pontificis in radice matrimonij, potest succedere in Emphyteusim, & quælibet alia bona, non solum ecclesiastica, sed etiam secularia perinde, ac si ex legitimo matrimonio natus esset. n. 149.

Quæ resolutio procedit, etiam si parentes, qui irritum matrimonium contraxerant, jam sint demortui, idque cedat in præjudicium tertij. n. 150.

Non videtur autem voluisse Pontifex derogare juri quæsito aliorum, nisi ex certa scientia hujusmodi dispensationem concessisset, ibidem.

Legitimatus rescripto Principis secularis succedere potest in Emphyteusim secularem, quando ita concessa est, ut etiam ad extraneos transire possit. n. 151.

Legitimatus à Principe seculari admittitur ad Emphyteusim secularem, etiam pro filijs concessam. n. 152.

Legitimatus excludit substitutum vocatum sub conditione, si hæres sine filio decedat. eodem n. 152.

Legitimatus rescripto Principis non differt à legitimis, ut in bonis parentis, cui legitimatur, & aliorum consanguineorum, tam ex testamento, quam ab intestato succedat. Et potest dicere nullum testamentum, in quo præteritur, vel agere querela inofficiosi, quemadmodum legitimi. ibidem.

Proponitur, & excluditur tanquam minus probabilis sententia negans posse filium legitimatum à Principe succedere in Emphyteusim pro filijs concessam. n. 153.

Legitimatus à Principe non succedit in Emphyteusim concessam nominatim pro filijs legitimè natis, vel pro natis ex legitimo matrimonio: vel pro filijs legitimis. n. 154.

Legitimatus à Principe non admittitur regulariter ad Emphyteusim, nisi deficientibus filijs legitimis. Quod latè probatur, & declaratur. n. 155. & seqq.

Utrùm virtute clausulæ opponi solitæ in rescripto legitimationis, quod per eam legiti-

legitimationem non fiat præjudicium hæredibus legitimis, neque alteri personæ, quæ jus habeat ad bona, quæ legitimato fuerint data, vel relata, excludatur legitimatus non solùm per descendentes, sed etiam per collaterales, vel alios, qui ejus patri de jure succederent? Quidam affirmant, alij negant. n. 156.

Filius legitimus excludit ab Emphyteusi agnatos, seu collaterales Emphyteutæ, qui ab intestato ipsi Emphyteutæ succederent, nisi in concessione Emphyteutica vocati reperiantur. eodem. n. 156.

Emphyteusim hæreditariam potest pater accipere in suam tertiam, & relinquere illam filio legitimato, non obstante, quòd habeat etiam filios legitimos; & legitimatio fuisset concessa cum clausula, sine præjudicio legitimorum. n. 158.

Quando filius illegitimus habilitaretur ad succedendum simul cum legitimis ante talem legitimationem natis, non potest pater ei relinquere maiorem portionem, quam uni ex legitimis, cui minima portio fuerit relicta. ibidem.

Legitimatio per principem secularem non habilitat ad succedendum in Emphyteusim ecclesiasticam. Nec concessa per Summum Pontificem ad succedendum in secularem. n. 159.

Per legimationem obtentam à principe seculari habilitari legitimatum ad Emphyteusim ecclesiasticam, quæ ad extraneos transire potest, aliqui existimarunt. At oppositum est tenendum. num. 160.

Vtrùm legitimatus à principe seculari admittatur saltem ad Emphyteusim ecclesiasticam pro hæredibus concessam? n. 161.

Ex sola legitimatione per Summum Pontificem concessa non potest legitimatus succedere in Emphyteusim ecclesiasticam, nisi sufficienter intelligatur voluisse Pontificem specialiter eum habilitare ad talem Emphyteusim. Hoc tamen difficile ab Authore judicatur. n. 162.

Quando Pontifex legitimationem concedit ex certa scientia, & cum clausula, quòd possit obtinere quæcunque bona, sufficienter intelligitur voluisse etiam habilitare ad Emphyteusim ecclesiasticam. num. 163.

Idem intelligitur, quando adhibita est clausula, ut etiam ad beneficia ecclesiastica admitti possit. Secus tamen est, quando quis solùm legitimaretur, seu dispensaretur ad beneficia ecclesiastica. ibid.

Potestas legitimandi à Summo Pontifice delegata, quando extendatur ad legitimandum ad feudum, aut Emphyteusim ecclesiasticam? eodem n. 63.

Vtrùm legitimatus per Summum Pontificem ad Emphyteusim ecclesiasticam alteri jam concessam possit in ea succedere absque consensu Rectoris Ecclesiæ, cujus interest eam Emphyteusim vocare? num. 164. & seqq.

Apponitur quidam casus, in quo tantum ab Authore admittitur, non posse talem legitimatum succedere in Emphyteusim ecclesiasticam, nisi accedente consensu Rectoris Ecclesiæ. n. 166.

An subsequens dispensatio, vel legitimatio ad Emphyteusim ecclesiasticam nulliter antea obtentam sufficiat, ut retineri possit? Et quid requiratur ad validè impetrandam legitimationem ad succedendum in Emphyteusim, vel maioratum cum præjudicio alicujus tertij, qui jus probabile habebat? num. 167. remissivè.

Vtrùm filij adoptivi succedant in Emphyteusim pro filijs concessam? negativè. n. 168.

An saltem id admittatur in Emphyteusi concessa Clerico in sacris? ibidem, negativè.

Emphyteusis concessa Sacerdoti, & ejus filijs extinguitur per illius mortem, nisi habeat filios legitimos ante sacrum Ordinem susceptos. eodem. n. 168. remissivè.

PRo resolutione advertendum, tripliciter posse legitimari filios. Primò per subsequens matrimonium; qua ratione legitimatur proles genita à parentibus habilibus ad contrahendum inter se matrimonium tempore conceptionis, aut nativitatis 143

vitatis ipsius prolis, *cap. tanta, qui filij sint legitimi.* Secundo, per dispensationem in radice matrimonij irritè contracti efficiendo dispensationem retrotrahi, ac proinde legitimando prolem, perinde, ac si ex valido, & legitimo matrimonio fuisset suscepta: qua ratione solus Summus Pontifex potest legitimare genitos ex matrimonio irrito propter impedimentum jure positivo inductum. Tertio, per rescriptũ Principis directè legitimantis personam, tollendo ab ea inhabilitates, quibus jure positivo ob natalium defectũ afficitur. Hac ratione solus Princeps supremus potest legitimare suos subditos quoad ea, in quibus illi subduntur. Unde Princeps secularis solùm potest legitimare quoad secularia, tollendo inhabilitates jure civili inductas. Et Princeps ecclesiasticus, nempe Summus Pontifex, solùm per se loquendo potest legitimare quoad spiritualia, & ecclesiastica, tollendo inhabilitates inductas jure canonico, ut ad ordines, beneficia, &c. juxta receptissimam Doctorum sententiam, quam bene explicat Sanch. *lib.* 8. *de matrim. disp.* 7. *n.* 2.

144 Præterea circa hunc tertium modum legitimationis advertendum ex Mol. *tomo* 1. *disp.* 173. *à num.* 3. & alijs, quos refert, aliud esse legitimare illegitimum, aliud dispensare cum illo. Quando enim Princeps solùm habilitat illegitimum ad unum, vel alterum effectum particularem, est dispensatio, licet utatur verbo (*legitimandi*) ut dicendo, *legitimum efficio ad hoc, vel illud.* Quando autem illum generaliter habilitat ad ea, quibus jure canonico, aut civili erat inhabilis, est propriè legitimatio, & talis dicitur simpliciter legitimatus, seu restitutus natalibus, quibus omnes homines ante inhabilitates jure positivo inductas ad omnia nascebantur habiles.

145 Non desinet autem esse propria legitimatio, quæ fuerit concessa cum aliqua limitatione, ut si Princeps dicat, *legitimum illum efficio, sic tamen, ut nullum inde præjudicium legitimis filijs sequatur*; vel *ita ut succedat patri, in qua portione pater voluerit*, & similibus; ut contra nonnullos tradunt relatis pluribus Molina Jurista *lib.* 3. *de primogen. c.* 3. *sub n.* 37. & Molina Theolog. *d. disp.* 173. *n.* 6. Nec parum refert, quod ejusmodi habilitatio sit potius legitimatio, quam dispensatio. Nam dispensatio est stricti juris, ac proinde strictè interpretanda, ita ut non plus valeat, quam verba strictè intellecta sonant: unde nihil operatur ultra effectum, ad quem expresse conceditur: legitimatio autem est amplè intelligenda, cum personam generaliter habilitet, faciendo eam absolute legitimam, & capacem omnium, quæ legitimis competunt, his tantùm exceptis, quæ tacitè, aut expresè excipiuntur. Sic Mol. Theolog. *supra n.* 3. ex jure, & omnium sententia.

His animadversis, prima resolutio sit. Filius legitimatus per subsequens matrimonium succedit in Emphyteusim tam ecclesiasticã, quàm secularem, perinde ac si constante vero & legitimo matrimonio natus esset, nisi aliud in cõcessione Emphyteutica expressum sit. Ita communis sententia, quam referunt, ac sequuntur Caldas *de nomin. q.* 21. *à n.* 40. & Mol. *disp.* 475. *n.* 16. Et constat facilè, quia legitimati per subsequens matrimonium æquantur per omnia filijs legitimis, tam ex dispositione juris civilis, quàm canonici, adeo ut utroque jure simpliciter dicantur, & declarentur legitimi, ut patet *ex Authent. quibus modis naturales efficiantur sui, cap.* 2. *vers. si quis igitur dotalia*, ibi, *legitimas esse nuptias, & filios, vel præcedentes*, scilicet nuptiarum celebrationem, *vel conceptus legitimos ei esse sancimus.* Et ex *cap. tanta, qui filij sint legitimi*, ibi, *tanta est vis matrimonij, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur.* 146

Unde

Vnde ejusmodi legitimatio retrotrahitur fictione juris ad punctum, quo tales filij nati, vel concepti sunt, efficitque ut habeantur tanquam legitime concepti, nihilque à legitimis differant; & sic perinde possint succedere in Emphyteuses, maioratus, & quælibet alia bona, ac si nati essent ex legitimo matrimonio. Quod in hoc regno ita receptũ est, ut etiam ad succedendum in bona coronæ ejusmodi filij admittantur, ut habetur *lib. 2. Ord. tit. 35. §. 12.*

147 Ex quibus fit, ut licet Emphyteusis concedatur pro filijs legitime natis, vel ex legitimo matrimonio, etiam filij hoc modo legitimati in tali concessione comprehendantur, ut bene contra aliquos docent cum alijs Cald. *d. q. 21. n. 36. & seqq. & n. 72.* Azor *p. 3. lib. 10. tract. de Emphyt. cap. 10. quæst. 4.* & Mol. *d. disp. 475. num. 16.* Estque communis sententia; quia cum hæc legitimatio retrotrahatur ad punctum nativitatis, censentur tales filij legitime nati, ac proinde sub legitime natis cõprehenduntur. Quin etiam addit Azor, non valituram legem civilem, quæ naturales filios per subsequens matrimonium legitimatos ab Emphyteusi seculari excluderet; quia videtur pugnare cum jure canonico, quod favore matrimonij vult, ut ejusmodi filij in omnibus habeantur pro legitimis.

148 Hic tamen adverte, ad consequendam legitimationem per subsequens matrimonium plura esse necessaria secundum jus civile, quam secundum jus canonicum. Nam jure canonico solum requiritur, ut parentes tempore conceptionis, aut nativitatis filiorum habiles essent ad matrimonium valide inter se contrahendum: jure autem civili ulterius requiritur, ut filij sint nati, & concepti à concubina in domo retenta, & quod postea matrimonium cum ea celebretur, confectis instrumentis nuptialibus: item, secundum aliquos, quod mulier sit talis conditionis, ut honeste possit duci in uxorem: quas omnes conditiones ponit, & explicat late Cald. *d. quæst. 21. à n. 74.* Vnde stante tali jure civili, non satis est fieri aliquẽ legitimũ per subsequens matrimoniũ cũ solis requisitis jure canonico, ad hoc ut talis habeatur quoad secularia, quæ juri civili subduntur, sed tantum quoad spiritualia & ecclesiastica, & consequenter quoad successionem Emphyteusis ecclesiasticæ, non verò secularis. Cæterum monet idem Cald. *n. 81.* ex Panorm. & alijs *in d. c. tanta*, omnia prædicta de jure civili necessaria jã hodie esse abrogata, & sufficere tantum requisita jure canonico, ut quis simpliciter evadat legitimus, etiam quoad temporalia. Quam sententiam ait Caldas videri veriorem, & receptiorem: & eandem tenet Covar. *in epitome in 4. lib. Decretalium, 2 p. cap. 8. §. 2. n. 8.*

Secunda resolutio; legitimatus 149 per dispensationem pontificiam in radice matrimonij potest succedere in Emphyteuses, & quælibet alia bona, non solum ecclesiastica, sed etiam secularia, perinde ac si natus esset ex legitimo matrimonio. Ita Mol. Jurista *lib. 3. de primog. c. 2. n. 12.* Cald. *de nominat. q. 21. n. 51. & 83. in fine*, & communis sententia, quam relatis innumeris tradit Sanch. *lib. 8. de matrim. disp. 7. n. 4.* contra Mol. Theolog. *tomo 3. tract. 2. disp. 624. sub num. 3.* & paucos alios, quos refert idem Sanches *n. 3.* Ratio est; quia origo, & radix, ex quã provenit, ut filius in specie, de quã loquimur, evaderet illegitimus, & propterea incurreret inhabilitates, tám jure canonico, quam civili pro illegitimis inductas, est lex ecclesiastica, qua statutum fuit, ut matrimonium, ex quo talis filius natus est, evaderet irritum ob defectum, cum quo celebratum est; ita ut ea non stante, matrimonium illud esset validum, & proles legitima, nec inhabilitates illas incurrisset. Pontifex autem potest legem suam revocare quoad effectus jure humano ex illa provenientes, non solum quoad

ad in posterū futuros, efficiendo, ut nō sequantur, sed etiam quoad jam sequutos, abolendo illos, ac si ea lex condita non fuisset, ut constat ex Clementina unica *de immunit. Ecclesiarum*, ibi, *Quidquid ex eis* (scilicèt constitutionibus) *sequutum est, vel ob eas penitus revocamus, & eas haberi volumus pro infectis.* Vnde infertur, tantam esse Summi Pontificis potestatem circa ea, quæ sunt juris positivi, ut possit ea revocare prout ex tunc, quando sunt constituta, & sic omnes præteritos effectus abolere, ac si nunquam extitissent. Quare dispensante Pontifice in radice matrimonij, irritando prout ex tunc impedimentum ecclesiasticum, ex quo matrimonium evasit irritum, efficitur ut dispensatio retrotrahatur, ipsumque matrimoniū censeatur valide celebratum, & sic proles ex illo genita quoad omnia evadat legitima, perinde ac si ex legitimo matrimonio fuisset procreata.

150 Quæ resolutio procedit, etiam si parentes, qui irritum matrimonium inierant, jam sint demortui, idque cedat in præjudicium tertij, eo quod auferenda sit hæreditas agnatis, vel alijs filijs, qui in eam successerant, ut probat Sanch. *d. disp. 7. n. 6.* præsertim quando pater, dum adhuc viveret, de obtinenda tali dispensatione egit. Verum quanvis de illa non egisset, potest Summus Pontifex ex justa causa eam concedere, ut bene idem Sanch. qui tamen merito addit credere se noluisse Pontificem derogare juri quæsito aliorū, nisi ex certa scientia dictam dispensationem concessisset; quia in dubio clausula in rescriptis Principū apposita intelligitur sine præjudicio tertij, ut per textum *in l. 1. §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publico*, tradunt Salicet. & Riminaldus, quos refert.

151 Tertia resolutio. Legitimatus rescripto Principis secularis succedere potest in Emphyteusim secularem, quando ita concessa est, ut etiam ad extraneos transire possit. Ita relatis alijs Cald. *de nominat. q. 21. n. 48.* estque communis omniū sententia. Probatur facilè; quia per legitimationem Principis secularis habilitatur illegitimus ad secularia, à quibus alias excludebatur, quando jus tertij non obstat. In proposita autem specie nō obstat jus alicujus tertij; quia imprimis non obstat jus domini directi; nam cum talis Emphyteusis possit transmitti ad extraneos, nullū præjudicium domino infertur per hoc, quod transmittatur ad filiū legitimatū, sicut posset ad quēlibet extraneum. Neque etiā obstat jus aliquod eorū ad quos alias deveniret, si legitimatus excluderetur, siquidem cùm Emphyteutæ sit liberum eam dare cuilibet extraneo, qui alias non sit incapax, nemo potest prętēdere jus ad illam quęsitum. Confirmatur ex jure Lusitano *lib. 4. Ordinat. tit. 36. §. 4. in fine*, ubi filius spurius à Rege legitimatus admittitur ad Emphyteusim concessam patri cum facultate nominandi successorem.

Quarta resolutio. Legitimatus rescripto Principis secularis admittitur etiam ad Emphyteusim secularem pro filijs concessam. Ita Julius Clarus dicens esse communem sententiam, *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 31.* & Azor *dicto lib. 10. tract. de Emphyt. cap. 10. q. 3.* Probatur primò; quia filij naturales admittuntur ad ejusmodi Emphyteusim, ut supra resolvimus: ergo à fortiori admitti debent legitimati, quibus magis favetur, quam naturalibus non legitimatis. Secundò; quia filius legitimatus excludit substitutum vocatum sub conditione, si hæres sine filio decedat, ut est communior Doctorum sententia, teste Andrea Pomano, *in additionibus ad Barthol, in l. generaliter, §. cum autem, lit. F. Cod. de institutionibus, & substitutionibus*, ubi alij communiter, *& in l. ex facto, §. si quis rogatus, 1. ff. ad Trebellianum*, & fatetur Mol. Jurista *lib. 3. de primog. cap. 3. num. 3.* & Caldas *dicta q. 21. n. 43.* ergo similiter in vocatione ad Emphyteusim 152

teusim nomine filiorum veniunt legitimati. Tertiò denique; quia legitimatus rescripto Principis non differt à legitimis, ut in bonis parentis, cui legitimatur, & aliorum consanguineorum, tam ex testamento, quàm ab intestato succedat, adeò ut possit dicere nullum testamentum, in quo prætcritur, & agere querela inofficiosi, quemadmodum alij legitimi, ut per *Authentic. quibus modis naturales efficiantur sui, §. & quoniam varia, & §. reliqui*, & alia jura tradunt Gama *decis. 11. num. 3. & dec. 134.* Mol. *tomo 1. disp. 173. n. 24.* & alij, quos referunt: ergo admitti etiam debet ad dictam Emphyteusim pro filijs concessam: nam si sit hæreditaria, id est, concessa pro filijs, vel descendentibus hæredibus, pertinet ad hæreditatem paternam, ad quam obtinendam legitimatus habilitatur: & si tantum sit de providétia, videtur quoad hoc à pari procedere, cùm non appareat, cur concessio pro filijs hæredibus comprehendat legitimatos, non verò concessa simpliciter pro filijs.

153 Contra hanc resolutionem stat Caldas *d. quæst. 21. n. 19. & latiùs n. 45. & seq.* ubi docet, etiam quando nulli alij sunt filij, non posse legitimatum succedere in dictam Emphyteusim pro filijs concessam. Ducitur, quia legitimatus non succedit in feudo, ut habetur *cap. 1. §. si quis per 30. vers. naturales, si de feudo defuncti contentio sit.* Cujus decisionis ea ratio ab scribentibus assignatur, quòd per legitimationem non censeatur Princeps velle derogare juri, quod dominus habebat, ut feudũ ad eũ reverteretur, deficiente legitima prole feudatarij. Quę ratio pari modo valet in Emphyteusi pro filijs cõcessa, cùm dominus jus habeat, ut deficiétibus filijs legitimis Emphyteutæ, ad ipsum revertatur, & huic juri censeri non debeat derogatũ per legitimationé. Fatetur autem idé Caldas *n. 71.* succedere posse legitimatũ in Emphyteusim concessã patri pro ipso, & filijs ex ejus corpore natis, cùm hæc verba etiam in legitimatum quadrent. Hęc senténtia est probabilis: non est tamen recedendũ à resolutione tradita, de qua neminé reperio dubitasse, præter Cald. ad cujus fundamentum respondetur facilè, imprimis non concludere, quando Emphyteusis fuit concessa post legitimationé, quòd tunc nullũ domini sit jus, cui per habilitationé illegitimi ad succedendũ in quibuscunque bonis, derogetur. Sic Mol. *disp. 475. n. 20.* Deinde estò legitimatio sit posterior, adhuc nullũ jus domini obstat, quominus legitimatus ad dictã Emphyteusim admittendus sit; quia dominus eam pro filijs concedens intelligitur concedere pro filijs habilibus, qui per leges non repelluntur à succedendo in bonis parentum, sive jam existãt, sive postea nascantur, aut habilitentur: tales auté sunt legitimati: unde etiã naturales non legitimati, qui post concessionem illius Emphyteusis nati fuerint, ad eam admittuntur, nisi ex dignitate concedentis, alijsve circunstantijs intelligatur non esse pro illis concessa, ut supra tradidimus.

Intellige autem prædictam resolutionem primò. Vt procedat, nisi Emphyteusis esset concessa nominatim pro filijs legitimè natis, vel natis ex legitimo matrimonio. Ita communis senténtia Doctorum, quos latè refert Caldas *d. quæst. 19. n. 33.* quam etiam tenet Mol. *d. disp. 475. n. 15.* Intelligitur enim dominus tali forma utens solùm pro verè legitimis Emphyteusim concedere. Imò si tantùm in concessione dicatur, *tibi, & filijs tuis legitimis*, non comprehendi legitimatos docent meritò Baldus *in l. finali, Cod. de his, qui veniam ætatis impetrarunt*, & alij, quos refert, & sequitur Cald. *supra num. 31. & 32.* Tenet etiam in terminis magis universalibus Mol. Theolog. *tom. 1. disp. 174. num. 37.* & Mol. Jurista *lib. 3. de primog. c. 3. n. 9.* ubi cum Baldo, & alijs docet, quòd quando agitur de honore, atque beneficio, ut de feudo, maioratu, &c. 154

Qq 2 legi-

legitimatus appellatione legitimi non comprehenditur, quòd in his verba concedentium propriè sint accipienda; legitimatus autem non propriè, sed fictè tantùm sit legitimus.

155 Intellige secundò, ut legitimatus ad dictam Emphyteusim regulariter non admittatur, nisi deficientibus filijs legitimis, ut observavit Cald. *de nominat. q.* 21. *n.* 3. *&* 60. Probatur, & declaratur, quia imprimis, si unus tantùm ex filijs, & descendentibus ad Emphyteusim vocetur, servata gradus, sexus, & ætatis prærogativa; quo pacto per l. Lusitanam *lib.* 4. *tit.* 36. §. 4. quando Emphyteuta habens facultatem nominandi decessit, nemine nominato, unus tantùm ex ejus descendentibus ad Emphyteusim admittitur, tunc citra controversiam est, non posse in eam succedere legitimatum, nisi deficientibus legitimis tã masculis, quã fæminis: cùm æquum non sit, ut per legitimatũ legitimus excludatur. Quod explicãdo d. legem Lusitanam tradit Caldas proximè citatus, & probat in simili de successione maioratus Molina Jurista *lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 1. *usque ad* 8. ubi plures refert.

156 Deinde, quando Emphyteusis esset absolutè pro filijs concessa, ita ut plures simul in eam succedere possint, tunc etiam non admittetur regulariter filius legitimatus, extantibus legitimis. Primò, quia, existentibus filijs legitimis, non potest illegitimus habilitari, & legitimari in eorum præjudicium, *Authent. quibus modis naturales efficiantur sui*, §. *illud tamen*, ibi, *ad legitimum jus filios educere naturales, legitimis non existentibus*, *&* §. *generaliter*, *vers. omnino enim legitimis existentibus*, & ibi Glossa, *verbo in quibus*. Secundò, quia ordinariè in rescripto legitimationis declarare solet Princeps, non esse intentionis suæ, ut per legitimationem à se concessam fiat præjudicium hæredibus legitimis, neque alteri personæ, quæ jus habeat ad bona, quæ legitimato fuerint data, aut relicta. Quæ clausula apponi solet in rescriptis legitimationum, quæ in hoc regno conceduntur. Vtrùm autem virtute hujus clausulæ excludatur legitimatus, non solùm per descendentes sed etiam per collaterales, vel alios, qui ejus patri alioqui de jure succederent? Varij admodum sunt DD. alijs simpliciter affirmantibus, alijs verò negantibus, eum excludi per alios, quàm per descendentes legitimos sui patris, ut videre est apud Gamam plures in utranque partem referentem *decis.* 278. *num.* 3. & Mol. *tomo* 1. *disp.* 174. *num.* 16. *& seqq.* qui priorum sententiam amplectuntur: attamen in Senatu Lusitano judicatum fuit semel, & iterum circa maioratus successionem juxta sententiam posteriorum in favorem filiæ legitimatæ contra quendam transversalem legitimũ, teste eodem Gama *dicta decis.* 178. *in fine*. Quæ secunda sententia, si non verior, certè communior est, ut fatetur idem Gama *num.* 4. & constat ratione, quia alioqui inutilis planè redderetur legitimatio. Sed de hoc alibi. Illud tamen ad rem præsentem accipe ex Caldas *dicta quæst.* 21. *n.* 60. *&* 95. filium legitimatum excludere agnatos, seu collaterales Emphyteutæ, qui ab intestato ipsi Emphyteutæ succederent, nisi reperiantur vocati in ipsa concessione Emphyteutica, quibus Princeps nõ censetur voluisse præjudicare, nisi ex certa scientia legitimationem concessisset: quod secus est, quando non sunt vocati, quòd tunc non sit illis quæsitum jus probabile ad succedendum.

Non dixi absolutè legitimatum excludi, extantibus filijs legitimis, sed apposita particula limitativa, *regulariter*; 157
quia, si legitimatus sit filius naturalis hominis plebei, succedet in dictam Emphyteusim simul cum legitimis, præsertim, si Emphyteusis sit hæreditaria, id est, concessa pro filijs heredibus. Quia talis filius, etiam si legi-

legitimatus non sit, simul cum legitimis succedit, ut constat ex supradictis §. 2. n. 125. Item, si Princeps legitimationem concessit de plenitudine potestatis, aut ex certa scientia, & non apposuit clausulã, qua declaraverit, se nõ intendere præjudicare filijs legitimis, tunc etiam succedit taliter legitimatus simul cum legitimis. Idemque est, si pater petendo legitimationem filij declaravit, se habere descendentes legitimos, & Princeps illã absolutè concessit, non apposita prędicta clausula restrictiva. Sic Mol. *disp.* 174. *n.* 14. loquendo generaliter de successione legitimatorum simul cum legitimis, ad quam doctrinam se remittit *disp.* 475. *n.* 18. dicendo procedere etiam in successione Emphyteusis.

158 Illud etiam hîc notandum, juxta eundem Mol. *d. disp.* 174. *num.* 18. quòd quando Emphyteusis esset hæreditaria, posset pater illam accipere in suam tertiam, & relinquere illã filio legitimato, nihil obstãte, quòd habet etiã filios, aut descendentes legitimos, & legitimatio concessa fuisset cum clausula, sine præjudicio legitimorum. Oppositum autẽ dicendũ videtur, quando per legitimationem habilitaretur filius illegitimus ad succedendũ simul cum legitimis ante talẽ legitimationem natis, quòd tunc pater non possit relinquere filio legitimato maiorem portionem, quam uni ex legitimis, cui minima portio fuerit relicta, ut expresse habetur *d. Authent. quibus modis naturales efficiantur sui, §. & quoniam variæ.* Vide Mol. Juristam *lib. 2. de primogen. cap. 11. sub n.* 17. & Mol. Theolog. *disp.* 173. *sub n.* 27.

159 Quinta resolutio, legitimatio per Principem secularem non habilitat ad succedendum in Emphyteusim ecclesiasticam: nec concessa per Summum Pontificem ad succedendum in secularem. Prior pars est communis. Eam tradit Gregorius Lopes *in l. 4. tit. 15. partita 4. verbo, Todas las honras.* Caldas *de nominatione, quæst. 21, num.* 50. Mol. *tomo 1. disp.* 173. *num.* 26. *& tomo 2. disp.* 475. *n.* 14. Azor *p. 3. lib. 10. tract. de Emphyt. cap. 10. quæst.* 3. & alij, quos referunt. Ratio est; quia res ecclesiasticæ sunt omnino extra jurisdictionem Principum secularium, *cap. Ecclesia sanctæ Mariæ, de constitution.* Vnde Princeps secularis non potest habilitare ad eas obtinendas, quos Ecclesia ab illis repellit: Ecclesia autem illegitimos repellit ab Emphyteusi ecclesiastica, tanquam sibi odiosos, ut ex supradictis constat: ergo Princeps secularis non potest eos habilitare ad eam obtinendam. Aliam partem tradit in specie Cald. *d. q.* 21. *n.* 51. *&* 54. Et constat facilè ex recepta omnium sententia, qui docent Pontificem non posse directè, ac per se legitimare quoad secularia, quemadmodum Princeps secularis non potest quoad spiritualia, & ecclesiastica, ut videre est apud Sanches *libr. 8. de matrim. disp. 7. n.* 1.

Limitat autem priorem traditæ resolutionis partem Gama *decis.* 308. *num.* 4. & Molin *dicta disp.* 173. *num.* 16. ut non procedat in Emphyteusi ecclesiastica, quæ ad extraneos transire potest; quia neque præjudicium aliquod Ecclesiæ, neque macula illegitimitatis obstat, quominus talis Emphyteusis in legitimatum transeat: non obstat præjudicium Ecclesiæ; quia non succedente legitimato in talem Emphyteusim, successurus est extraneus, quod Ecclesiæ non pluris refert: non etiam macula illegitimitatis, siquidem hæc per legitimationem est abolita. Licèt enim Princeps secularis non possit disponere directè de rebus Ecclesiæ, & consequenter neque de Emphyteusi ecclesiastica, attamen indirectè, & per consequentiam potest efficere, ut eas obtineat; qui aliàs repelleretur, tollendo scilicet à suo subdito defectum, propter quem ab Ecclesia repellebatur: quo pacto qui restitueret usum oculorũ homini irregulari ob defectum visus, illum consequenter habilitaret 160

litaret ad ordines, & sacerdotium, à quibus antea repellebatur. Hanc tamen limitationem meritò retractavit, & rejecit Molina *tomo 2. disp. 475. num.* 14. quia licèt in translatione hujus Emphyteusis ad legitimatum à Principe sæculari cesset præjudicium Ecclesiæ, attamen non cessat omnino macula talis legitimati, propter quam ab Ecclesia repellitur; quia semper stat, quòd genitus est peccaminosè, propter quod est exosus Ecclesiæ, quandiu ipsa eum non legitimat, & quasi in gratiam recipit, habilitando illum ad ea, quibus ipsa eum privaverat: alioqui etiam legitimatus per privilegium Summi Pontificis maneret habilitatus quoad secularia, quod est contra communem sententiam.

161 Aliunde credidit non incolorate Caldas *d. quæst. 21. n. 53.* posse legitimatum à Principe succedere in Emphyteusim ecclesiasticam concessam pro hæredibus; quia nimirum legitimatus à Principe potest succedere in hæreditatem paternam: unde per consequentiam videtur posse succedere in dictam Emphyteusim, cùm sit hæreditaria, seu hæreditati annexa, ad eum modum, quo ex communi sententia potest succedere in jure patronatus, quando est annexum rebus hæreditarijs, in quibus legitimatus succedit. Sed neque hoc placet, quia Emphyteusis hæreditaria non sequitur propriè hæreditatem, sicut jus patronatus, sed est quædam pars illius, quæ separari potest: unde non per consequentiam, sed æquè principaliter in eam succedunt, qui ad eam admittuntur, quales non sunt legitimati à solo Principe seculari.

162 Sexta resolutio. Ex sola legitimatione per Summum Pontificem concessa non potest legitimatus succedere in Emphyteusim ecclesiasticam, nisi expressè ad eam legitimatus sit, vel talis clausula in ipsa legitimatione sit apposita, ut intelligatur Summum Pontificem etiam ad Emphyteusim eum habilitare voluisse. Sic Gigas *de pension. q. 18. n. 6.* Caldas, relatis alijs, *quæst. 21. de nominat. num. 47. & 55. cum seqq.* & Mol. *disp. 475. num. 14.* Ratiò est, quia cùm illegitimi sint valdè odiosi Ecclesiæ, non minus repelluntur, & censentur inhabiles ad Emphyteuses ecclesiasticas, quàm ad feuda, ad quæ illegitimi non admittuntur, licèt sint legitimati, ut expressè habetur, *cap. 1. §. si quis per 30. vers. naturales, si de feudo defuncti contentio sit*: ergo etiam non admittentur ad Emphyteusim Ecclesiæ, quamvis legitimati sint. Non caret tamen difficultate hæc resolutio; siquidem, ut Mol. cum Covarruv. Archidiacono, & alijs tradit *tomo 1. disp. 173.* legitimatus à Summo Pontifice non solùm ordines, sed etiam beneficia ecclesiastica, etiam curam animarum habentia obtinere potest, quod plus est, quàm obtinere Emphyteusim ecclesiasticam, à qua nullo jure illegitimi repelluntur; cùm à beneficijs ecclesiasticis per sacros canones arceantur. Sustinenda tamen est tradita resolutio, quia communis.

Dixi, *nisi expressè, &c.* quia si Pontifex aliquo modo declaret se legitimare etiam ad Emphyteusim Ecclesiæ, non est, cur taliter legitimatus ad illam non admittatur. Id autem Pontifex declarat, non solùm quando expressè ad hunc effectum habilitat, sed etiam quando legitimationem concedit ex certa scientia, & cum clausula generali, quòd possit obtinere quæcunque bona, ut bene cum alijs advertit Caldas *dicto n. 47. & 56.* Item quando Pontifex aliquem legitimaret, addendo ut etiam ad beneficia ecclesiastica admitti possit, tradit Mol. *d. disp. 475. n. 19.* hunc censeri etiam legitimatum ad Emphyteusim ecclesiasticã, nisi aliquid esset additum, quo ab ea excluderetur: secus tamen esse, si tantùm legitimaretur, seu dispensaretur ad beneficia ecclesiastica, ut etiam tradit 163

tradit Caldas *n.* 63. Ratio disparitatis est; quia legitimatio hoc secundo modo concessa est tantùm dispensatio: cõcessa verò primo modo est propria legitimatio, quę, ut jã supra monuimus, est favorabilis, & latè interpretanda; ac proinde valet in ea argumentum à maiori ad minus, ut scilicet legitimatus ad beneficia, talis censeatur ad Emphyteusim, quod est minus. Vnde infert bene Mol. *n.* 20. quòd licèt potestas legitimandi alicui à Summo Pontifice delegata non extendatur ad legitimandum ad feudum, aut Emphyteusim ecclesiasticam, ut plerique docent, tamen secus dicendum esse; quando Pontifex illam concederet ad legitimandum in spiritualibus, addendo etiam ad beneficia ecclesiastica tam cum cura, quàm sine illa, quia facultas legitimandi est gratia latè interpretanda; & sic valet in ea dictum argumentum à maiori ad minus.

164 Addit prætereà Caldas *n.* 56. quem sequitur Mol. *supra n.* 14. quando Pontifex aliquem expressè legitimaret ad Emphyteusim ecclesiasticam, jam anteà alteri concessam, non posse taliter legitimatum in ea succedere, nisi accedente consensu Rectoris Ecclesiæ, cujus interest eam Emphyteusim vacare, illo non succedente; quòd mẽs Pontificis non sit inferre aliquod præjudicium domino directo, nisi aliquam clausulam apponat, qua declaret se velle illi præjudicare, ut dicendo ex certa scientia, aut quid simile, vel etiã, ut notat Mol. *d. n.* 14. nisi in narratione mentio fieret de præjudicio tertij. Hæc tamen doctrina mihi valde displicet; quia si consensus Rectoris Ecclesiæ requiritur, superflua est illa Pontificis legitimatio, nullumque habebit effectum; nam ea sublata, solus Rectoris consensus sufficit, ut illegitimus, nedum legitimatus in Emphyteusim Ecclesiæ succedere possit, ut ex supradictis §. 3. *num.* 136. *& seqq.* constat: ne igitur dicamus, inutilem esse illam cõcessionem Pontificis, fateri debemus non requiri ulterius Rectoris consensum. Accedit, quòd illud præjudicium, quod sequitur Rectori Ecclesiæ, quatenus succedente legitimato non vacabit illi Emphyteusis, est necessariò, & evidenter connexum cum effectu illius concessionis Pontificiæ: ergo ut intelligamus Pontificem dicto modo legitimantem voluisse illud inferre, opus non est, quod ipsi fuerit narratum, neque quòd aliqua clausulà declarârit se intendisse illud inferre, cùm ipse apertè viderit non posse non sequi, si legitimatus ad eam Emphyteusim admitteretur, & nihilominus eam admiserit.

Addo tandem falsò opponi illud præjudicium Rectoris Ecclesiæ. Quia vel Emphyteusis, de qua agitur, fuit ita concessa, ut etiam ad extraneos transire posset; vel solùm fuit concessa pro filijs, & descendentibus primi accipientis, si primo modo, non sequitur dictum præjudicium Rectori Ecclesiæ ex eo, quòd deveniat Emphyteusis ad legitimatum, cùm, eo non succedente, posset devenire ad alium; & ita in hoc casu admittit Mol. *dict. disp.* 475. *n.* 20. non requiri consensum Rectoris Ecclesiæ: si secundo modo, nullum etiam jus illius Rectoris violatur; quia quando talis Emphyteusis concessa est nomine filiorum, & descendentium, etiam illo modo legitimati comprehensi sunt; nam fuit concessa pro filijs, & descendentibus habilibus, sive jam extitissent, sive postea extituri essent, ut supra in simili notavimus *num.* 153. *ad finem.* 165

Illud tamen admitto, si Emphyteusis solùm esset concessa pro filijs legitimatis, vel cum simili causula, tunc non sufficere legitimationem Pontificis ad succedendum in eam Emphyteusim absque consensu Rectoris Ecclesiæ, nisi Pontifici fuisset exposita limitatio, cum qua fuit concessa; vel ipse aliquo modo declarasset se, dicta limi- 166

limitatione non obstante, voluisse admitti legitimatum; quia in hoc eventu cessant rationes, quibus sententiam Caldæ, & Molin. impugnavimus, estque res satis ex se manifesta.

167 Quando illegitimus Emphyteusim ecclesiasticam invalidè ob eum defectum obtinuit, & postea fuit dispensatus, aut legitimatus à Summo Pontifice ad Emphyteuses ecclesiasticas, dubium est, an virtute talis dispensationis, aut legitimationis illam retinere possit? Circa quod videndus Caldas latè hac de re disputans *dicta q. 21. à num. 85.* Mol. *dicta disp. 475. fine*; & in simili Sanch. *lib. 8. de matrim. disp. 7. n. 22.* Item quid requiratur, ut validè impetretur legitimatio ad succedendum in Emphyteusim, maioratum, & similia bona cum præjudicio alicujus tertij, qui ad illa jus probabile habebat? Videndum remitto apud Molinam Juristam *lib. 3. de primog. cap. 3. à n. 10.* & Mol. Theolog. *disp. 167.*

168 Denique, quia filij adoptivi assimilantur legitimatis, quæres, utrum succedant in Emphyteusim pro filijs concessam, quemadmodum legitimati? Respondetur negativè cum Speculatore, Imola, Baldo, & multis alijs, quos citat, & sequitur Tiraquel. *in l. si unquam, verbo, susceperis liberos, num. 13.* & Cald. *de nominat. q. 20. num. 36. & de potestate eligendi, cap. 13. num. 22.* Tum, quia adoptivi non sunt propriè filij, nec appellatione filiorum veniunt, ut latè per eundem Tiraquelum *loco cit. num. 7.* tum etiam, quia adoptivus non succedit in feudum, *cap. 1. §. siquis per 30. vers. adoptivus, si de feudo defuncti contentio sit.* Tum denique; quia alioqui nulla dominis directis superesset spes, quod tales Emphyteuses ad ipsos reverterentur, siquidem Emphyteutis, qui filios non procreassent, semper esset liberum alienos adoptare, qui illis succederent; quod cùm cedat in detrimentum dominorum, credendum nõ est, quando Emphyteusim pro filijs concesserunt, adoptivos etiam comprehẽdere voluisse. Aliqui hoc limitant, nisi talis Emphyteusis concessa esset Clerico in sacris, qui solos filios adoptivos licitè habere posset. Sed hanc limitationem excludit Cald. *dicta quæst. 20. num. 35.* qui tandem *§. quocirca, in fine,* resoluit, quod Emphyteusis concessa Sacerdoti, & ejus filijs, extinguitur per illius mortem, nisi habeat filios legitimos ante sacrum Ordinem susceptos. Qua de re non disputo modò.

Vtrùm defuncto altero conjuge, maneat alteri Emphyteusis, quam uterque, vel unus eorum antea possidebat?

§. V.

SVMMARIVM.

Emphyteusis concessa in perpetuum utrique conjugi, vel alteri eorum post matrimonium consummatum, etiam si sit ecclesiastica, dividenda est per æstimationem inter superstitem, & hæredes defuncti, si matrimonium fuit celebratum per chartam medietatis; & quid, si per dotem, & arrhas? n. 169. Vide etiam n. 173. fine.

Quid de Emphyteusi perpetua concessa pro hæredibus, & successoribus, quam alter ex conjugibus habebat ante celebratum matrimonium? n. 170.

Quid si esset concessa pro hæredibus ab Emphyteuta descendentibus? num. 171. & seq.

Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus sine mentione hæredum, aut successorum, quam alter conjugum habebat ante contractum matrimonium, non communicatur alteri conjugi, licet contraxerint per chartam medietatis; & altero eorum defuncto, manet præcipua penes eum, vel ejus hæredes, qui antea illam habebat, n. 173.

Et

Et idem dicendum, quando alteri conjugum, constante jam matrimonio, titulo lucrativo advenisset. ibidem.

Emphyteusis accepta pro se, & certis personis nominandis, quam conjugatus per chartam medietatis gratuitò acquisivit, non communicatur alteri conjugi; neque aliquid de valore illius ei debetur, etiam si fuerit acquisita constante matrimonio. num. 174.

Quid, si non fuit gratuitò acquisita, sed empta? ibidem.

In alternativis habet electionem debitor. eodem n. 174.

Si conjux magnas expensas, & melioramenta fecit in Emphyteusi, de qua numero precedenti est sermo, debetur alteri conjugi medietas valoris talium melioramentorum, nisi de ejus consensu fuisset ad eam nominatus filius, aut filij, pro quibus fuit accepta. In quo casu neque dimidium pretij illi debetur, si talis Emphyteusis empta fuit. n. 175.

Quid, quando Emphyteusis concessa est pro marito, & uxore, & uno eorum filio, quem nominaverit, qui alteri fuerit superstes? n. 176.

169 PRima conclusio. Emphyteusis concessa in perpetuum utrique conjugi, vel alteri eorum post matrimonium consummatum, pertinet pro indiviso ad utrunque, &, altero eorum defuncto, dividenda est per æstimationem inter superstitem, & hæredes defuncti, si matrimonium fuit celebratum per chartam, ut vocant, medietatis: si autem celebratum fuisset per dotem, & arrhas, servandum erit circa illam Emphyteusim pactum, quod inter eos fuit initum pro bonis, constante matrimonio, acquirendis. Prior pars habetur expressè *lib. 4. Ord. Lusit. tit. 96. §. 24.* ubi additur, hoc procedere quibuscunque verbis contractus Emphyteuticus fuerit celebratus, id est, sive verbis, quæ efficiant Emphyteusim hæreditariam simpliciter, sive hæreditariam mistè; sive tantùm ex pacto, & providentia, ut declarat Valascus *de partitionib. cap. 26. num. 5.* & Mol. *disp. 476. num. 1.* qui ibidem notat, id habere locum etiam in Emphyteusi Ecclesiastica. Alia pars habetur eadem Ordinatione regia, *d. §. 24. fine.* Unde, si pactum fuit, ut acquisita, seu superlucrata communicarentur, ut communiter fieri solet in hoc regno, & in Castella, docet bene Mol. *supra*, quòd tunc, si extractis capitalibus utriusque conjugis, tota illa Emphyteusis, aut aliqua pars valoris illius remaneat, dividendum id est inter conjugem superstitem, & hæredes defuncti.

Secunda conclusio. Emphyteusis 170 perpetua concessa pro hæredibus, & successoribus, quam alter ex conjugibus habebat, antequam matrimonium iniret, communicatur similiter inter illos, si matrimonium contraxerunt per chartam medietatis, &, altero eorum defuncto, dividenda est per æstimationem inter superstitem, & hæredes defuncti: manebit tamen incapitata in eo, qui antea illam habebat, vel in aliquo ejus hærede. Si autem matrimonium celebratum esset per dotem, & arrhas, servandum est, quod inter illos fuit constitutum. Tota conclusio habetur *d. §. 24. Ordinat. Lusit.* Prior autem illius pars difficilis visa est Valasco *de jure Emphyt. q. 43. num. 9.* quia, cùm unus conjux non sit hæres alterius, nisi deficientibus consanguineis defuncti usque ad decimum gradum, non videbatur admittendus esse conjux superstes ad participandum de Emphyteusi defuncti concessa tantùm pro ejus hæredibus, & successoribus. Nihilominus hanc difficultatem soluit ipse Valascus *loco citato, & tract. de partition. cap. 26. num. 13.* Cald. *de nominat. q. 23. num. 17. & 18.* Mol. *d. disp. 446. n. 3.* dicendo, conjugem superstitem non admitti in casu proposito ad Emphyteusim defuncti tanquam hæredē illius, sed ut socium, cum quo per legem, & consue-

consuetudinem regni hujus communicata sunt omnia bona alterius conjugis; ac proinde etiam dicta Emphyteusis; quæ cùm sit hæreditaria, computatur inter bona patrimonialia, quę inter conjugatos juxta consuetudinem regni communicantur. Quod utique sine difficultate procedit in Emphyteusi seculari, quæ quando absolutè cōceditur pro hæredibus, & successoribus, vel pro hæredibus, aut successoribus, est simpliciter hæreditaria, & transitoria ad extraneos, nec à bonis liberis, & allodialibus differt. Vtrùm verò similiter procedat in Emphyteusi ecclesiastica sub eadem forma concessa? ex infra dicendis constabit.

171 Quando autem Emphyteusis tantummodo esset concessa pro hæredibus ab Emphyteuta descendentibus, quo pacto est hæreditaria mistè, dubium est, an celebrato matrimonio per chartam medietatis similiter communicetur, & dividenda sit inter conjugem superstitem, & hæredes defuncti? Negat Mol. *dicta disp.* 476. *n.* 4. & probat, quia talis Emphyteusis non est transitoria ad extraneos, sed alligata familię suscipientis; unus autem conjux est extraneus respectu alterius: ergo non potest illi communicari, nec, soluto matrimonio, inter eos dividi, sed debet manere præcipua penes illum, vel hęredes illius, cujus antea erat. Vnde infert idem Molina similiter dicendum esse in Emphyteusi Ecclesiastica, non solùm quando esset concessa expressè pro filijs, & descendentibus hęredibus, sed etiam, quando absolutè data esset pro hęredibus, & successoribus; quia tunc etiam solùm intelligitur concessa pro descendentibus hæredibus, ut *disp.* 1. *sect.* 3. §. 1. *num.* 65. cum communiori sententia tradidimus. Quando autem ita esset concessa, ut etiam ad extraneos devenire posset, ut quando in concessione diceretur, *pro quibuscunque hæredibus, & successoribus*, tunc fatetur meritò Mol. pari modo in ea procedere traditam conclusionem, atque in prædicta Emphyteusi seculari pro hęredibus, & successoribus concessa; siquidem utraque est hæreditaria simpliciter, & transitoria ad extraneos. Confirmat traditam sententiam decisio Senatus Lusitani, qui, teste Gama *decis.* 50. Emphyteusim ecclesiasticam concessam pro descendentibus hæredibus adjudicavit cuidam descendenti ultimi possessoris, exclusa penitùs uxore ejusdem possessoris, quæ contendebat spectare ad se dimidiam partem æstimationis illius Emphyteusis, juxta Ordin. reg. *d.* §. 24.

Oppositum nihilominus docent Valascus *dicto cap.* 26. *de partition. num.* 12. Caldas *dicta q.* 23. & Gama *dicta dec.* 50. ubi etiam Emphyteusim Ecclesiasticam concessam pro descendentibus hæredibus tenet communicari conjugi, cum quo matrimonium per chartā medietatis celebratum est, & dividendam esse per æstimationem inter conjugem superstitem, & hæredes defuncti juxta formam *dicti* §. 24. Probant hanc resolutionem ex eodem §. 24. Nam postquam ibi dictum est Emphyteusim perpetuam, quam alter conjugum habebat ante initum matrimonium, dividendam esse inter superstitem, & hæredes defuncti, additur hæc limitatio, *nisi Emphyteusis concessa esset pro filijs, & descendentibus, nulla facta mentione hæredum, vel successorum.* Vnde à contrario sensu manifestè infertur, quòd si fuit concessa pro filijs, & descendentibus hæredibus, seu facta mentione hæredum, dividenda est inter conjugem, qui vivus remanserit, & hęredes defuncti. Accedit præterea ratio, quia talis Emphyteusis, cùm sit hæreditaria, quanvis solùm talis sit mistè, pertinet ad bona patrimonialia, quæ, ut jam diximus, celebrato matrimonio per chartam medietatis, communicantur, & dividenda sunt, saltem per æstimationem, inter conjugem superstitem, & hęredes defuncti. Neque filij 172

filij hæredes parentis, ad quem talis Emphyteusis spectabat, queri possunt de aliquo præjudicio, quod ipsis per talem cõmunicationem, & divisionem fiat; quia, ut à nobis probatum est, *sect.* 3. *hujus disp. concl.* 2. *num.* 49. nullum talium filiorum jus obstat, quominus pater illis præjudicare possit alienando ejusmodi Emphyteusim in aliquem extraneum, præsertim titulo oneroso, qualis est contractus societatis, & communicationis bonorum, cum quo prædicti conjuges matrimonium inierunt, ut supponimus. Et ex his patet responsio ad fundamentum contrariæ sententiæ.

173 Tertia conclusio. Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus sine mentione hæredum, aut successorum, quam alter conjugum habebat ante contractum matrimonium, non communicatur alteri conjugi, licèt contraxerit per chartam medietatis, & altero eorum defuncto, non dividitur inter eos, etiam per æstimationem, sed manet præcipua penes eum, vel ejus hæredes, qui antea illam habebat. Sic expressè decernitur *dicto* §. 24. *Ordinationis regiæ.* Ratio est; quia talis Emphyteusis non est ullo modo hæreditaria; & ita non habetur tanquã res patrimonialis, sed ut concessio dominica, quæ ad solas personas vocatas extenditur. Vnde idem de illa dicendum est, quando alteri prædictorum conjugum, constante jam matrimonio, titulo lucrativo advenisset, ut bene advertit Mol. *dicta disp.* 476. *num.* 4. & probat Caldas *de Emptione, cap.* 27. *n.* 36.

174 Quarta conclusio. Emphyteusis accepta pro se, & certis personis nominandis, quam conjugatus per chartam medietatis gratuitò acquisivit, non communicatur alteri conjugi, neque aliquid de valore illius ei debetur, etiam si fuerit acquisita, constante matrimonio. Ita Valascus *de partition. cap.* 26. *n.* 21. & Cald. *de Empt. d. cap.* 27. *num.* 36. per legem regiam *lib.* 4. *tit.* 95. §. 1. & *tit.* 97. §. 24. Dixi, quam gratuito acquisivit; nam si eam, constante matrimonio, emit, habebit uxor per mortem illius dimidium æstimationis talis Emphyteusis, vel dimidium pretij, quo fuit empta, ut habetur *in dicto* §. 24. *tit.* 97. Circa quod notat Valasc. *dicto cap.* 20. *n.* 15. electionem illius alternativæ non pertinere ad uxorem, sed ad hæredes mariti, ut scilicet in eorum potestate, & arbitrio sit solvere uxori, aut dimidium æstimationis illius Emphyteusis, prout tempore partitionum æstimatur; aut dimidium pretij, quo fuit empta; quia cum ibi non explicetur, ad quem talis electio spectet, utendum est regula juris, quæ in alternativis præstat electionem debitoris *reg. in alternativis, de reg. jur. in* 6. debitor autem in præsenti est hæres mariti. Unde è contra, si uxor talem Emphyteusim emerit, penes illam, vel hæredes illius erit electio solvendi aut dimidium æstimationis ipsius Emphyteusis de præsenti; aut medietatem pretij, quo fuit empta, ut advertit Valascus *supra n.* 16. & notatur *dicto tit.* 97. §. *ult.*

175 Dixi præterea, neque aliquid de valore illius, ut exciperem melioramenta; quia, si conjux, qui dictam Emphyteusim accepit, magnas expensas, & melioramenta in ea fecisset, debetur alteri conjugi medietas valoris talium melioramentorum, sive fuisset empta, sive alio titulo acquisita, ut habetur *dicto tit.* 97. §. 24. ubi notat Valascus *dicto cap.* 26. *de partition. num.* 17. non concedi electionem circa æstimationem melioramẽtorum, sicut in præcedenti casu circa pretium concessa est; sed simpliciter juberi solvi medietatem æstimationis melioramentorum; & propterea intelligendum id esse, prout æstimantur præsenti tempore (id est tempore partitionũ, quando illa medietas solvenda est) juxta notata *in l. domos, ff. de legatis* 1. Adverto autem, quæ hic dicta sunt de partitio-

me pretij, & melioramentorum inter conjugem superstitem, & hæredes defuncti, non habere locum, quando conjux, ad quem Emphyteusis spectabat, ad eam nominavit filium, aut filios, pro quibus illam accepit, si alter conjux expresse consensit tali nominationi. Sic enim habetur *dicto tit. 97. §. ultimo*, ubi dicitur, quod tales nominati solvere teneantur dictam medietatem pretij, & melioramentorum, nisi alter conjux expresse nominationi consensisset. Notat, & magis hoc explanat Valascus *supra n. 18.*

176 Quinta conclusio, quando Emphyteusis conceditur pro marito, & uxore, & uno ex filijs, quem nominaverit, qui alteri fuerit superstes, acquiritur in solidum, & pro indiviso utrique conjugi, juxta consuetudinem, & praxim hujus regni, & utrique censetur concessa pro prima, & secunda persona. Sic Caldas *de nomin. q. 19. num. 84.* Unde altero conjuge deficiente, sive per mortem, sive per aliquam incapacitatem, obtinet alter totam Emphyteusim per jus non decrescendi, ut declarat idem Caldas *n. 85.*

Utrùm monasterium succedat in Emphyteusim, quam religiosus habebat ante professionem?

§. VI.

SUMMARIUM.

Si monasterium sit incapax succedendi, statim ubi habens Emphyteusim in eo profitetur, transit Emphyteusis ad ejus heredes, si erat hereditaria, vel si hereditaria non erat, ad vocatos in investitura: & si nulli vocati extant, expirat, & revertitur ad dominum. n. 177.

Si autem monasterium est succedendi capax, & in concessione Emphyteusis non est adjectum pactum, ne in Ecclesiam, & potentiorem transferatur; quatuor referuntur sententia. n. 178. & seqq.

Prafertur quarta sententia, qua tenet Emphyteusim secularem transire simpliciter in monasterium: ecclesiasticam vero transire revocabiliter, ita ut Ecclesia integrum sit eam revocare. n. 181.

Idem dicendum de Emphyteusi, in quam ingressus religionem, aut jam professus successit. ibidem.

Quantum talis Emphyteusis duret apud monasterium? Et de qua Emphyteusi dicta sententia intelligitur? n. 182.

Si Emphyteusis, quam monachus ante professionem habebat, erat ei concessa pro se, & heredibus quibuscunque, transit irrevocabiliter, & in perpetuum in monasterium, etiam si sit ecclesiastica. eodem num. 182.

Quomodo transeat in monasterium Emphyteusis, qua ad heredes extraneos transire non potest? n. 183. & seq.

Monasterium succedendi capax succedit in maioratu, quem monachus ante professionem habebat: & ille censetur proximior ad succedendum in talem maioratum, qui tempore mortis naturalis illius monachi, non vero qui tempore professionis, proximior fuerit. eod. n. 183.

Quomodo usufructus, quem monachus ante professionem habebat, in monasterium transeat? n. 184.

Emphyteusis pro filijs concessa, quam monachus habebat ante professionem, solum pro tempore, quo monachus vixerit, in monasterium transit, eodem numer. 184. fine.

Emphyteusis nominationis, quam monachus ante professionem habebat, transit similiter in monasterium, sub eodem num. 184.

An Emphyteusis concessa cum expresso pacto, ne in Ecclesiam, vel potentiorem transferatur, transeat in monasterium, Emphyteuta religionem ingrediente, & profitente? n. 185.

Hæc

177 HÆc quæstio procedit de monasterio succedendi capaci. Si enim sit incapax succedendi, simul ac religiosus in ea profitetur, transit ejus Emphyteusis vel ad ejus hæredes, si Emphyteusis sit hæreditaria: vel si hæreditaria non est, ad alios vocatos in investitura: & si nulli vocati extant, prorsus expirat, & ad dominum regreditur, ut bene Mol. latius id explicans *disp.* 482. *n.* 2. & Sanch. *tom.* 2. *Decalog. lib.* 7. *c.* 15. *n.* 52. Quando autem monasterium est capax succedendi, duplex casus est distinguendus. Primus est, quando in ipsa constitutione Emphyteusis nullum pactum est adjectum, ne in Ecclesiam, & potentiorem transferatur. Secundus, quando ejusmodi pactum adjectum est.

178 Quod ergo ad priorem casum attinet, quatuor sententias recenset Sāch. *d. cap.* 15. *à n.* 53. Prima docet, Emphyteusim Ecclesiasticā nō transire in monasteriū; seculare autem transire, & pertinere ad monasterium dum monachus vixerit. Sic Navarrus *comment.* 2. *de regularibus*, *num.* 55. *fine*, & mantua *cap. in præsentia*, *n.* 87. *de probationibus*.

179 Secunda docet, utranque Emphyteusim advenire posse monasterio per professionē Emphyteutæ, at cum onere, ut teneatur monasteriū intra annū eam à se alienare, sive venditione, sive alio titulo in personam privatam. Ita Mol. *tomo* 1. *disp.* 140. *num.* 17. Rebel. *part.* 2. *lib.* 13. *quæst.* 16. *n.* 1. & alij, quibus accedunt quamplures, quos citat, & sequitur Caldas *de potestate eligendi*, *cap.* 1. *n.* 16. quatenus absolute docent, Ecclesiam solum per annum retinere posse Emphyteusim illi relictam. Atque idem videntur sentire Valascus, & alij, quos refert *consultat.* 101. *num.* 8. & Caldas *de nominatione*, *quæst.* 19. *num.* 7. *&* 14. qui docent, neque secularem, neque ecclesiasticam Emphyteusim in monasterium transire, attenta intentione concedentium. Ducuntur, quia alioqui redderetur valde deterior domini conditio; siquidem periret illi spes accipiendi aliquando laudemium, & redeundi ad se utile dominium.

Tertia docet absolute, posse Em- 180
phyteusim transire in monasterium, nec meminit alicujus obligationis eam alienandi. Hanc tenent Innocentius, Joannes Andreas, Hostiensis, Bartholus, & alij apud Sanches *supra num.* 55. Inter quos Beroyus, & Bursatus expresse, & absolute docent, tam Emphyteusim ecclesiasticam, quam secularem in monasterium transire.

Quarta denique sententia distin- 181
guit inter Emphyteusim ecclesiasticam, & secularem, docetque secularem transire absolute in monasterium, ecclesiasticam vero transire revocabiliter, ita ut Ecclesiæ integrum sit eam revocare. Hanc tenet Sanches *dicto cap.* 15. *num.* 56. referens pro ea Baldum, Paulum Castrensem, Salicetum, Decium, Iasonem, Felinum, & alios; eamque communem esse fatetur Valascus *dicta consult.* 101. *num.* 8. & tradit Azor *parte* 1. *lib.* 12. *cap.* 8. *quæst.* 4. Augustinus Barbosa *de jure ecclesiastico*, *lib.* 3. *cap.* 31. *num.* 11. & Tamborinus *de jure Abbatum*, *tomo* 3. *disp.* 11. *quæst.* 4. *numer.* 39. Probatur, quia, cum cętera professi bona transeant in monasterium, nec aliquo jure excipiatur Emphyteusis, non est, cur ab ea regula excipienda sit. Differentia autem quoad potestatem revocandi inter ecclesiasticam, & secularem inde constat, quia nullo jure cautum est, quod dominus directus, præterquam Ecclesia, revocare possit Emphyteusim in alium translatam; & Ecclesiæ tanquam quid speciale indulta est dicta revocandi potestas intra biennium, §. 1. *Authentico de alienatione Emphyteusis*. Neque obstat, inquit Sanches, conditionem domini directi reddi deteriorem, quia sibi debet

imputare, quod non deduxerit in pactum, ut res non posset ad monasteriũ transire. Accedit præterea alia ratio, quæ mihi est optima: nam quod Emphyteusis non possit transferri in aliũ, per quem conditio domini reddatur deterior, solum procedit in translatione, quæ fiat per hominem, non autem in ea, quæ fit per legem, ut in hæredé necessarium, vel ab intestato; vel etiam in eum, qui præscripsit, ut cum Socino advertit Caldas *de potestate eligendi*, *cap.* 1. *num.* 2. traditque latius spectato jure communi, *quæst.* 19. *de nominatione*, *num.* 22. ubi alios refert: translatio autem in monasterium per professionem monachi fit ipso jure, ut in successorem universalem, veluti hæredem ab intestato. Hæc sententia nobis magis placet; cum Ecclesiæ, & monasterijs sit favorabilior. Atque idem dicendum de Emphyteusi, in quam ingressus religionem, aut jam professus successit, ut cum Sylvestro docet Sanches *supra n.* 57.

182 Addit autem idem Sanches *num.* 58. post Bald. Decium, Felin. Paulum de Castro, & Salicet. quos refert, sive Emphyteusis sit secularis, sive ecclesiastica non revocata ab Ecclesia, duraturam apud monasterium solum pro tempore vitæ monachi, instar usufructus, atque illo mortuo reversuram ad dominum, vel deventuram ad sequentes vocatos, si extent. Deinde *n.* 59. subdit prædictam sententiam, quòd Emphyteusis transeat in monasterium, intelligendam esse de Emphyteusi hæreditaria, quæ potest ad extraneos transire: id quod etiam tenet Molina *disp.* 482. *n.* 2. & Tapia *in Authent. ingressi vers. sua*, *cap.* 15. *n.* 4.

Cæterùm, si Emphyteusis, quam monachus ante professionem habebat, erat illi concessa pro se, & pro hæredibus, ita ut etiam ad extraneos devenire posset, transire illam in perpetuum, & irrevocabiliter in monasteriũ, sive sit secularis, sive ecclesiastica, sentit merito Sanch. *d. cap.* 15. *n.* 62. post Barth. *in Authent. ingressi*, *in* 2. *lect. n.* 37. *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*, & Beroyum *in cap. in præsentia*, *n.* 419. *de probationibus*; quia potuit concedens putare, quòd forte ille Emphyteuta habiturus esset hæredem monasterium, quod nunquam perit.

Quando autem Emphyteusis non esset hereditaria, in qua posset succedere extraneus, docet Molina *dicta disput.* 482. *num.* 2. & Sanches *dicto cap.* 15. *num.* 59. non transire in monasterium, cum non sit de vocatis ad illam; sed statim, monacho profitente, in eam succedere, qui in investitura vocantur, & solum quoad commoditatem pertinere ad monasterium, dum monachus vixerit: si autem monachus aliqua melioramenta fecerat in ipsa re Emphyteutica ante professionem, addunt citati Authores, solvendam esse monasterio eorum æstimationem, cum perinde ad illud spectent, atque cætera professi bona, in quibus succedit. Hæc tamen resolutio, quatenus negat transitum ejusmodi Emphyteusis in monasterium, mihi videtur falsa: nam monasteriũ succedit simpliciter in maioratum sui monachi institutum absque clausula religiosos excludente, nihil obstante, quod talis maioratus non sit hæreditarius, nec ad extraneos transire possit, ut relatis multis tradit Sanch. *d. cap.* 25. *n.* 16. qui inde bene docet *n.* 17. illum esse judicandum proximiorem ad succedendum in talem maioratum, qui tempore mortis naturalis illius monachi, non autem qui tempore professionis proximior fuerit: ergo similiter succedit monasterium in dictã Emphyteusim, quamvis non sit hæreditaria, quæ transire possit ad extraneos: maxime si sit hæreditaria mixte, ut pro descédentibus hæredibus: quæ cum deferatur jure hæreditario, non est ita alligata personis ad eam vocatis, sicut maioratus, qui solum defertur jure sanguinis, atque ex pacto & providentia. 183

Acce-

Accedit ratio à priori, quia mona-
184 sterium succedens personę monachi pro solo tempore vitæ ipsius monachi, non censetur succedere ut persona simpliciter diversa, sed ut continens personam monachi: quo fit, ut in consequentiam talis personę retineat omnia bona, & jura, quæ ad illum personaliter spectabāt, &, eo mortuo, illa amittat, ut videmus in usufructu, quem monachus ante professionem habebat, qui licet suaptè natura sit personalissimus, ac minime transitorius ab una persona in aliam, & sic cum vita usufructuarij extinguatur, *l. 1. ff. de usufructu*; attamen per professionem monachi in monasterium transit, & apud illud manet, quandiu monachus vivit, ut latè probat idem Sanches *dicto lib. 7. in Decalog. cap. 13. à num.* 48. ergo quanvis Emphyteusis, quam monachus habebat, non sit concessa pro quibuscunque hæredibus, sed tantùm pro filijs, & descendentibus, id non obstat, quominus in monasterium transire debeat, & penes illud manere, quandiu monachus vixerit, cum perinde sit manere penes monasterium ratione monachi in eo contenti, atque penes ipsum monachum. Imo Beroyus *supra citatus num.* 420. ait, sustineri posse, Emphyteusim pro filijs concessam transire in perpetuū in monasteriū, eo quod monasterium habeatur in perpetuum loco filij. Hoc tamen merito rejicit Sanch. *suprà num.* 63. quia monasterium non habetur loco filij, nisi in casibus jure expressis, qualis hic non est; & ita solùm ad vitam monachi spectare ejusmodi Emphyteusim ad monasterium docent Decius, Aretinus, & alij, quos citat, & sequitur idem Sanches, loquentes tam de Emphyteusi seculari, quam ecclesiastica: consentit Caldas *de renovatione, quæst.* 19. *num.* 9. Et faciunt, quæ idem Caldas tradit *cap.* 13. *de potestate eligendi*, *num.* 21. ubi tractat, an Emphyteusis alicui concessa pro ipso, & filijs ab eo natis transeat in monasteriū, si ille religionē ingrediatur?

Sed quid, si Emphyteusis fuerit nominationis, quam scilicet dominus concessit cum facultate nominandi ad illam aliam personā, quam recipiens voluerit, vel unum de suis filijs, aut consanguineis? Mol. *d. disp.* 482. *ad fin.* asserit talem Emphyteusim non transire in monasterium, nisi tantùm quoad commoditatem pro tempore, quo vixerit monachus, qui eam ante professionem habebat, idque sive talis Emphyteusis sit hæreditaria, sive tantū ex pacto & providentia. Ducitur, quia alioqui redderetur deterior conditio domini, quod jus non permittit. At juxta supra dicta tenendū est, transire simpliciter in monasteriū pro tēpore, quo vixerit monachus, sicut *sup. numero præcedenti* de Emphyteusi non hæreditaria dictum est ob rationem ibi adductam, quæ etiam in hoc casu militat, ut consideranti erit manifestum. Nec obstat, quod conditio domini redditur deterior; nam hæc ratio non valet ubi agitur de transitu Emphyteusis ex vi legis, ut supra dictum est *n.* 181. *ad finem*. In præsenti autem transit Emphyteusis in monasterium ipso jure, & non ex dispositione hominis. Utrùm autem Monachus, vel monasterium ad talem Emphyteusim nominare possit, qui in ea succedat post mortem ipsius monachi, dicetur *disp. seq. sect.* 2. *sub n.* 14.

185 Quod verò attinet ad posteriorem casum, quādo in cōcessione Emphyteusis est adjectū pactū, ne transferatur in Ecclesiā, vel potentiorē, aliqui censent non transire tunc Emphyteusim in monasteriū. Ita Valasc. *d. consult.* 101. *n.* 8. ubi ait ita fuisse judicatum in Senatu Lusit. Cald. *de renov. q.* 19. *n.* 23. & alij. Probant, quia alioqui fieret translatio contra pactū. At Sanch. *d. c.* 15. *n.* 65. cum Felin. Sylvest. Beroyo, & alijs oppositū sentit esse verius, eo quod illud pactū intelligendū sit de translatione, quæ fiat ex voluntate possessoris, & in perpetuū, non autem de illa, quæ fit ex

dispositione juris in consequentiam translationis personæ, & pro ejus vita. Quod etiam admittit Caldas *de nominatione, quæst. 6. n. 33.* ubi retractat, vel certè explicat contrariam sententiam, quam priùs docuerat, dicens, quę antea docuerat, intelligenda esse de Emphyteusi, quę in perpetuum transiret ad monasterium.

Vtrum Emphyteusis transeat ad fiscum, quando bona Emphyteutæ propter aliquod ejus crimen publicantur?

§. VII.

SUMMARIUM.

Emphyteusis secularis simpliciter hæreditaria, quæ ad hæredes extraneos devenire potest, transit in fiscum, publicatis Emphyteutæ bonis. n. 186.

Tenebitur tamen fiscus præstare omnia jura dominicalia. Et utrùm possit cogi à domino alienare eam Emphyteusim in personam non ita potentem? ibidem.

Probabilius judicatur, etiam Emphyteusim ecclesiasticam, quæ ad hæredes extraneos devenire potest, transire ad fiscum, quando bona Emphyteutæ publicantur. num. 187.

Quod procedit, etiam si confiscatio fiat à judice seculari; quamvis alij oppositum sentiant. n. 188.

Vtrùm, confiscata Emphyteusi ecclesiastica, quæ ad hæredes extraneos devenire potest, competat Ecclesiæ jus eam revocandi? num. 189.

Emphyteusis, quæ non est transitoria ad hæredes extraneos, non transit in fiscum, sive sit secularis, sive ecclesiastica: sed devenit statim ad sequentes vocatos, qui capaces fuerint succedendi in illam: si autem nulli supersint, reseceditur ad dominum. n. 190.

Filij ejus, qui commisit crimen læsæ maiestatis humanæ, sunt incapaces succedendi in Emphyteusim institutam per ultimam voluntatem, neminique ex testamento, vel ab intestato succedere possunt. num. 191.

Et in hoc regno Lusitaniæ neque in Emphyteusim per contractum institutam succedere possunt. Idque extenditur ad nepotes, quorum avus dictum crimen admisit; cum filiabus autem mitius agitur. eodem n. 191.

Licèt Emphyteusis, quæ non potest devenire ad extraneos, in fiscum non transeat; tamen, si sit secularis, pertinet ad fiscum quoad commoditatem, quandiu delinquens vixerit: secus dicendum, si sit ecclesiastica, jure communi spectato. num. 192.

Iure autem Lusitano hæc exceptio non admittitur. ibidem.

An dicta commoditas pertineat ad fiscum, si expressè prohibitum sit à concedente Emphyteusim alienari? n. 193.

Emphyteusis nominationis non transit in fiscum, licèt sit nominationis liberæ, ita ut etiam extraneus ad eam possit nominari: illius tamen commoditas ad fiscum spectat, quandiu delinquens vivit. num. 194. & seq.

Emphyteuta incidens in crimen læsæ maiestatis non potest nominare ad Emphyteusim: & si antea nominaverat, talis nominatio redditur nulla, saltem secundùm jus Lusitanum. Hoc tamen non procedit de nominatione irrevocabili antea facta, & fortè neque de revocabili facta per dispositionem inter vivos. eodem n. 194.

Fiscus percipiens commoditatem Emphyteusis debet interim solvere pensionem domino directo. n. 195.

Quando omnia bona Emphyteutæ confiscantur, sive ejus Emphyteusis in fiscum transeat, sive non transeat, semper ad illum spectant melioramenta, quæ, finita Emphyteusi, ipsi Emphyteutæ, vel ejus hæredibus solvenda erant: & quando sola æstimatio talium melioramentorum competat fisco? n. 196.

Pro

186 PRo resolutione sit prima conclusio. Emphyteusis secularis simpliciter hæreditaria, quæ ad hæredes extraneos devenire potest, transit in fiscum, publicatis Emphyteutæ bonis. Ita communiter Doctores, Molina *disput.* 481. *num.* 3. Vasq. 1. 2. *disp.* 169. *cap.* 3. *num.* 25. Azor *part.* 1. *lib.* 8. *cap.* 12. *quæst.* 11. Farinac. *in sua praxi, tomo* 1. *part.* 1. *tit. de delictis, & pœnis, quæst.* 25. *num.* 59. & plures alij, quos citat; & sequitur Sanch. *tomo* 1. *in Decalogum, lib.* 2. *cap.* 19. *n.* 25. Ratio est, quia Emphyteusis simpliciter hæreditaria quoad transibilitatem in has, vel illas personas non differt à bonis liberis, ut sæpe in hac materia advertimus: ergo transeuntibus cæteris bonis Emphyteutæ in fiscum, quando illius bona generaliter publicantur, illa etiam transire debet, si aliquis specialis prohibitio non obstiterit: nulla autem obstat, quando talis Emphyteusis est secularis. Quòd si opponas, fiscum esse potentiorem, & consequenter censeri personam prohibitam, in quam Emphyteusis transferatur; respondet facilè Sanch. *dicto num.* 25. *fine*, cùm dicitur Emphyteusim non posse transferri in potentiorem intelligi per contractum, non autem per delictum. Addit autem idem Sanch. *num.* 26. cum alijs; quòd, ne domini conditio reddatur adeò deterior absque ejus culpa, potest cogi fiscus ad instantiam ipsius domini, ut Emphyteusim alienet in personam, quæ non sit ita potens, ac tot privilegijs gaudens. Et si manet apud fiscum, teneri hunc ad præstanda omnia jura dominicalia, ad quæ delinquens tenebatur; quia succedens loco alterius debet eodem jure uti, *regula, is, qui in jus. de regulis juris in* 6. Cæterum, quòd possit cogi fiscus dictam Emphyteusim alienare, mihi videtur assertum absque sufficienti fundamento.

187 Secunda conclusio. Quanvis multi censeant, & probabile sit, Emphyteusim ecclesiasticam simpliciter hæreditariam, quæ ad extraneos devenire potest, non transire ad fiscum; sed redire statim ad Ecclesiam, quando delinquentis bona confiscantur; oppositum tamen est verum, ut, relatis multis, tradunt Farinac. *dicta quæst.* 25. *n.* 54. & 56. & Sanch. *dicto cap.* 19. *n.* 29. Quia nullibi reperitur privilegium Ecclesiæ concessum, ut ejusmodi Emphyteusis non publicetur. Nam, quod oppositæ sententiæ Authores allegant ex §. *vers. si verò contigerit quamlibet rem, Authent. de alienat. & Emphyteusi*, ubi Ecclesiæ datur optio, an velit stare confiscationi, & habere fiscum Emphyteutam, vel potius Emphyteusim ad se revocare; nostram potius sententiam confirmat; siquidem supponit, Emphyteusim transijsse in fiscum: alioqui non revocatio, sed vendicatio talis Emphyteusis Ecclesiæ concederetur, nec adhiberetur restrictio, ut solo biennio revocare posset.

188 Limitant autem hanc sententiam Farinac. *supra num.* 57. Sanch. *dicto num.* 29. *fine*, & quidam alij, quos referunt, ut solùm procedat, quando confiscatio fit à judice ecclesiastico. Non placet tamen hęc limitatio, quia nullum pro ea affertur, nec apparet fundamentum. Atque illam expressè rejiciunt Ordinationes Lusitanę novæ recopilationis *lib.* 5. *tit.* 1. §. 1. ubi per crimen hæresis pari modo addicitur fisco regio Emphyteusis ecclesiastica, quæ transire potest in hæredem extraneum, atque Emphyteusis secularis: & idem deciditur propter crimen læsæ maiestatis humanæ *eodem libro* 5. *tit.* 6. §. 17. revocata hac in parte antiqua Ordinatione *lib.* 5. *tit.* 3. §. 16. ubi habebatur, quòd propter crimen læsæ maiestatis amitteret delinquens Emphyteusim ecclesiasticam, statimque talis Emphyteusis ad Ecclesiam regrederetur.

189 Dubium verò est, an confiscata dicta Emphyteusi ecclesiastica, habeat Ecclesia optionem illam revocandi? Negat Farinac. *dicta quæst.* 25. *sub num.* 56. & alij apud Sanch. *dicto cap.* 19. *num.* 30. quia textus *in dicto* §. 1. *vers. si verò contigerit quamlibet rem, Auth. de alienat, & Emphyteusi*, ubi hæc revocandi potestas innititur, procedit de Emphyteusibus ecclesiasticis, quæ tunc erant in usu: nondum autem Emphyteuses Ecclesiæ ad extraneos hæredes transire permittebantur. Oppositum autem verius esse meritò docet Sanch. *dicto cap.* 19. *n.* 30. cum Cardinali, Baldo, Saliceto, & alijs; quia textus in *dicto* §. 1. *vers. si verò contigerit quamlibet rem*, ubi facultas revocandi intra biennium Emphyteusim confiscatam Ecclesiæ conceditur, solùm potest intelligi, & habere locum in Emphyteusi, quæ ad extraneos transire potest. Nam, si non sit transitoria ad hæredes extraneos, non succedit in ea fiscus, ut ex dictis constabit; & ita non potest in ea habere locum facultas revocandi illam à fisco, cùm in illum non transierit.

190 Tertia conclusio. Emphyteusis, quæ non est transitoria ad hęredes extraneos, non transit in fiscum, sive ea sit secularis, sive ecclesiastica; sed transit statim in sequentes ad eam vocatos, qui capaces fuerint succedendi in illam: si autem nulli supersint vocati, qui ejus sint capaces, regreditur ad dominum directum. Prima pars hujus conclusionis, quòd scilicet ejusmodi Emphyteusis non transeat in fiscum, ab omnibus admittitur tanquam indubitata, ut apud infra citandos videre licet. Et ratio est facilis ex generali regula communiter recepta, quòd nulla bona, quæ ad extraneos devenire non possunt, in fiscum transeunt, cùm sit persona extranea. Secunda pars, quòd scilicet statim transeat in sequentes vocatos, qui fuerint capaces, traditur à Mol. *disp.* 481. *n.* 5. Sanch. *dict. cap.* 19. *n.* 24. & alijs, quos referunt: atque ita pro Emphyteusi seculari decernitur *lib.* 5. *Ordin. Lusit. tit.* 6. §. 15. & 18. Ratio verò tam pro Emphyteusi seculari, quàm ecclesiastica est, quia nulla æquitas patitur, ut, quando Emphyteusis non potest transire ad fiscum, priventur ejus successione propter crimen alienum sequentes vocati, qui non sunt aliàs incapaces illius. Neque obstat, quòd *in cap. felicis, vers. si qua verò feuda, de pœnis, in* 6. contra reum læsæ maiestatis in Pontificem sic statuatur; *si qua verò feuda, locationes, &c. ab aliquibus Ecclesijs obtinet, sit eis ipso jure privatus, quæ liberè ad Ecclesias revertantur*: ubi nomine locationũ etiam Emphyteuses comprehenduntur: nam hoc solùm procedit, quando non sunt alij vocati; in quorum præjudicium non debet intelligi, fuisse ullum privilegium Ecclesiæ concessum, cùm id naturali æquitati repugnet. Tertia tandem pars, quòd scilicet, deficientibus vocatis, regrediatur dicta Emphyteusis ad dominum directum, traditur ab ijsdem Doctoribus, & constat manifestè; nam, cùm non transeat in fiscum, neque in aliquem vocatum, necesse est, ut vel permaneat apud delinquentem, vel regrediatur ad dominum; sed non manet apud delinquentem, cùm is omnibus bonis privetur: ergo regreditur ad dominum. Et ita habetur *d.* §. 15. & 18. *Ordin. Lusit.*

Addidi in secunda, & tertia parte 191
traditę conclusionis, loquendo de vocatis ad dictam Emphyteusim, particulam, *qui ejus sint capaces*, propter filios ejus, qui commisit crimen læsæ maiestatis humanæ, qui, licèt sint vocati, sunt incapaces succedendi in dictam Emphyteusim, si per ultimam voluntatem instituta sit, ut advertit Molina *supra n.* 8. & Sanch. *n.* 24. quia nemini ex testamento, aut ab intestato succedere possunt, ut habetur *l. quisquis, c. ad legem Iuliam maiestatis*: & Ord. Lusit. *lib.* 5. *tit.* 6. §. 13. Imò in hoc regno

gno, neque si per contractum dicta Emphyteusis instituta sit, ut ordinariè cōtingit, in eam possunt succedere filij talis delinquentis, ut notat Mol. citatus; quia *eodem* §. 13. redduntur omnino incapaces ad obtinendam rem aliquam ipsis donatam, aut relictam tam inter vivos, quàm per ultimam voluntatem, quandiu suę priori famæ, & statui restituti non fuerint; eademq; pœna extenditur ad nepotes, quorum avus dictum crimen admisit. Cum filiabus autem multò mitius agitur eadem Ordinatione *dicto tit.* 6. §. 14.

192 Quarta conclusio. Licèt Emphyteusis, quæ ad extraneos devenire non potest, in fiscum non transeat, tamen, si sit secularis, pertinet ad fiscum quoad commoditatem, quandiu delinquens vixerit: secus verò dicendum de ecclesiastica, jure communi spectato. Prima pars, quòd scilicet dicta Emphyteusis, si sit secularis, spectet ad fiscum quoad commoditatem, traditur communiter à Doctoribus, ut videre est apud Sanch. *d. cap.* 19. *n.* 21. ubi plures refert, & habetur expresse *lib.* 5. *Ord. Lusit. tit.* 6. §. 15. Ratio est, quia commoditas dictæ Emphyteusis ita spectabat ad delinquentem, ut posset eam pro tempore vitæ suæ vendere, & alienare in quemlibet extraneum; in fiscum autem transeunt omnia bona delinquentis, quæ ad extraneos devenire poterant. Secunda pars conclusionis, quòd scilicet aliter dicendum sit de Emphyteusi ecclesiastica, spectato jure cōmuni, non est adeò certa; illi enim contradicunt Molina *d. disp.* 481. *num.* 6. & quidam alij apud Sanch. *dict. cap.* 19. *num.* 22. Eam nihilominus probabiliorem judicamus cum eodem Sanch. *dict. num.* 22. & multis alijs, quos ibid. refert: quam, etiam relatis alijs, tuetur Fragos. *tomo* 3. *disput.* 9. §. 13. *num.* 7. Quia *in dicto cap. felicis*, *vers. si qua verò*, *de pœnis*, *in* 6. expressè habetur, ut feuda, & locationes ecclesiasticæ, sub quibus Emphyteuses continentur, liberè ad Ecclesiam revertantur, quando possessor ob crimen læsæ maiestatis in Pontificem damnatur: non reverterentur autem liberè, si fiscus fructibus potiretur, quandiu delinquens viveret. Dixi, *jure communi spectato*; quia jure Lusitano *dict. lib.* 5. *Ord. tit.* 1. §. 2. habetur, ut, si hæreticus habeat Emphyteusim ecclesiasticam; quę ad hæredes extraneos transire non possit, & reversura sit ad Ecclesiam, illam possideat fiscus, ejusque fructus percipiat, quandiu hæreticus vixerit; & idem propter crimen læsæ maiestatis humanæ decernitur *eodem lib.* 5. *tit.* 6. §. 17.

Advertit autem Sanches cum alijs, 193 quos refert *dicto cap.* 19. *n.* 23. cùm dicitur, Emphyteusim non transitoriam ad extraneos pertinere ad fiscum quoad commoditatem, dum delinquens vivit, intelligendum esse, nisi, ultra tacitam prohibitionem juris alienandæ Emphyteusis, esset alia specialis prohibitio ejus alienandæ; quòd tunc ejus specialis prohibitio id operetur, ut neque quoad commoditatem alienari possit. Hęc tamen limitatio mihi est difficilis, cùm per translationem solius cōmoditatis in extraneum nullo modo ipsa res Emphyteutica alienetur, nec in praxi credo observari hanc Sanch. & aliorum opinionem, pro qua etiam stat cum alijs Brittus *in cap. potuit*, §. 3. *n.* 30. *de locato*, & Fragos. *d.* §. 13. *n.* 8.

Quinta conclusio. Si Emphyteusis sit nominationis, non transit in fiscum, estò sit nominationis adeò liberæ, ut etiā extraneus ad eam nominari possit: commoditas tamen illius ad fiscum spectat, quandiu delinquens vivit. Ita Mol. *disp.* 481. *n. ultim.* Ratio 194 prioris partis est, quia, licèt ejusmodi Emphyteusis transitoria sit ad extraneum, qui ab Emphyteuta nominatus fuerit; attamen neque fiscus, neque aliquis alius potest validè ad eam nominari per Emphyteutam delinquentem, ut saltem de jure Lusitano *lib.* 5. *Ord. tit.*

tit. 6. §. 19. indubitatum est, cùm ibi circa reum læsæ maiestatis expressè decernatur; quòd non potest ullam personam nominare post admissum crimen; & si antea aliquem nominasset, talis nominatio perinde habetur nulla, ac si facta non fuisset. Quę decisio, an juri communi sit conformis, non satis apud Doctores constat, ut videre est apud Caldas *de nomin. q. 5. à principio usque ad num. 44.* Illud tamen tam secundũ jus cõmune, quàm spectata dicta Ordinatione regia, videtur affirmandum cum eodem Cald. *dicto num. 44.* & Mol. *dicta disp. 481. num. 9.* quod dicitur, irritam evadere nominationem factam ab Emphyteuta ante commissum delictum, non procedere de nominatione irrevocabili; & fortè, ut Mol. addit, neque de revocabili facta per dispositionem inter vivos; cùm donationes revocabiles inter vivos factæ, ut donationes inter virum, & uxorem, quæ per mortem confirmãtur, non reddantur nullæ propter crimen postea commissum, ut cum eodem Molina *disp. 659. fine*, Sanch. *lib. 6. de matrimonio, disp. 17. n. 5. & lib. 2. in Decalogum, cap. 17. n. 15.* Castro Palao, *tract. de fide, disp. 5. puncto 3. num. 2.* & alijs tradidimus *in nostro tract. de fide, p. 2. disp. 7. sect. 2. sub regula 1. §. Dixi verò*, quanvis oppositum cum alijs resolvat Caldas *supra n. 43.*

195 Alia conclusionis pars, quòd scilicet commoditas dictę Emphyteusis spectet ad fiscum, dum delinquens vixerit, traditur etiam à Mol. *d. disp. 481. fine*, & constat satis ex dictis pro præcedenti conclusione. Debet autem fiscus, dum eam Emphyteusim retinuerit, solvere pensionem domino directo, ut agendo de alijs Emphyteusibus, quæ solùm quoad commoditatem ad fiscum transeunt, resolvit Sanches *dicto cap. 19. n. 21.*

Illud denique circa prædictas omnes conclusiones addendum, sive Emphyteusis transeat in fiscum, sive non, semper ad illum pertinere omnia melioramenta, quorum æstimatio, finita Emphyteusi, solvenda erat ipsi Emphyteutę, vel ejus hęredibus, ut latè declarat, relatis alijs, Sanch. *d. cap. 19. à num. 33.* Ratio est manifesta, quia in fiscum transeunt omnia bona delinquentis, quę ad quoslibet hęredes transire poterant: ejusmodi autem sunt dicta melioramenta, seu eorum æstimatio, quia etiam hæredi extraneo relinqui possunt; ut apud omnes est indubitatum. Itaque, quando Emphyteusis confiscatur, simul cum ea transeunt melioramenta in fiscum, quæ tamen, quando Emphyteusis fuerit ecclesiastica, revocari poterunt ab Ecclesia intra biennium simul cum ipsa Emphyteusi, soluta fisco eorum æstimatione; quando autem non confiscatur, sola melioramentorum æstimatio competit fisco, manente Emphyteusi, & melioramentis apud eum, ad quem res Emphyteutica devolvitur, ut apud dominum, si Emphyteusis extinguitur, vel apud sequentem vocatum, si non extinguitur; quæ omnia ex supra dictis constant, & traduntur à Sancio *supra num. 35.* 196

DIS-

DISPUTATIO SEXTA

De nominatione ad Emphyteusim.

SECTIO PRIMA.

Quid sit ejusmodi nominatio, & qua ratione fieri, aut facta esse intelligatur?

SUMMARIUM.

Quinam actus sit nominatio ad Emphyteusim? eamque posse fieri quolibet signo, etiam per nutum. n. 1.

An censeatur nominatio, quando is, qui habebat potestatem nominandi, dixit se velle nominare? n. 2.

Utrùm verba enunciativa sufficiant ad nominationem inducendam? n. 3.

Quænam sint verba enunciativa, & quæ dispositiva? ibidem.

Utrùm censeatur nominatus filius ad Emphyteusim, quando pater dixit: si filius meus vivus non est, nomino Sempronium? Et sic, utrùm in hac materia positus in conditione, censeatur positus in dispositione? n. 4.

Utrùm censeatur simpliciter, & irrevocabiliter nominatus ad Emphyteusim filius, cui nubenti pater Emphyteusim concessit, dicendo quòd pro alimentis, & futuræ familiæ sustentatione illi dabat Emphyteusim, quam habebat? n. 5.

Utrùm censeatur ad Emphyteusim nominatus is, cui Emphyteuta nominandi potestatem habens Emphyteusim legavit. num. 6.

Utrùm eo ipso, quòd aliquis est institutus, aut relictus hæres ab Emphyteuta habente potestatem nominandi, censeatur ad ejus Emphyteusim nominatus? & quid circa hoc disponat Ordinatio Lusitana? num. 7. & seqq.

Ordinatio Lusitana, quatenus habet pro nominato ad Emphyteusim hæredem Emphyteutæ, intelligitur de hærede cum effectu, id est, qui hæreditatem acceptavit. Hoc tamen limitatur in filio naturali hominis non plebei. n. 9.

Utrùm dispositio Ordinationis Lusitanæ, quatenus hæredes Emphyteutæ habet pro nominatis ad Emphyteusim, procedat in Emphyteusibus ecclesiasticis? n. 10.

Qui ex substitutione pupillari, vel exemplari fuerit hæres, censebitur nominatus ad Emphyteusim nominationis, quam pupillus, vel furi sus habebat, juxta Ordin. Lusitan. n. 11.

Utrùm ex donatione Emphyteusis censeatur donatarius ad eam nominatus? num. 12.

Nominatio ad Emphyteusim nihil est aliud, quàm actus, quo quis eligitur ad succedendum in Emphyteusi, quã nominans habebat cum facultate eligendi successorem: quod ex ipsis terminis est notissimum. Neque ejusmodi actus certam aliquam formam, aut solemnitatẽ requirit, ut legitima electio, ac nominatio evadat. Quo fit, ut quolibet externo signo, quo internus nominantis consensus manifestetur, hæc nominatio perfici possit, adeò ut solus nutus ad hoc sufficiat, ut bene resolvit Cald. *de nominat. q. 1. à num. 21.* & Mol. *disp. 480. n. 1.* Hinc autem non leves interdum oriuntur controversiæ propter magnam signorum, seu verborum varietatem, quibus nominantes utuntur; quæ sæpe adeò sunt obscura, ut non facilè ex illis deprehendatur, an nominare intenderint. Aliquas ergo hac de re attingemus dubitationes, quæ frequentiùs

quentiùs in praxi occurrunt.

2 Prima dubitatio fit, an censeatur nominatio, quando is, qui potestatem habebat nominandi, dixit se velle nominare? Respondet negativè cum alijs Caldas *dicta q. 1. n. 11.* nisi aliqua concurrat conjectura, quòd statim, & de præsenti voluit disponere. Nam seclusa ejusmodi conjectura, hæc verba *volo nominare, legare, aut donare*, significant primum voluntatis motum ad nominandum, legandum, &c. non autem consensum dispositivum de præsenti, quo nominatio perficitur. Secus autem dicendum, si verba ita conciperentur: *Volo te esse electum, seu nominatum*: hæc enim dispositionem de præsenti inducunt propter verbum *esse*, à quo verbum *volo* informatur, & ad præsens determinatur, ut advertit idē Caldas *supra n. 13.* ex Bartholo *in l. gerit, ff. de acquirenda hæreditate*, ubi resolvit aditam dici ab eo hæreditatem, qui dixit, velle se hæredem esse: in quo differt ab eo, qui dixit, *volo adire*, qui adhuc non dicitur hæres esse.

3 Secunda dubitatio, utrùm verba enunciativa sufficiant ad nominationem inducendam? Pro resolutione adverte, alia esse verba dispositiva, alia enunciativa. Dispositiva sunt, quæ proferuntur per tempus de præsenti, ut *dono, lego, nomino, &c.* Enunciativa verò, quæ proferuntur per alia tempora, enunciando aliquid de præterito, aut futuro, ut si testator dicat, *jam nominavi filium meum*, vel, *scias te habiturum, &c.* Quæ rursum in duplici sunt differentia; quędam enim proferuntur incidenter circa aliquid, de quo principaliter non agitur: alia verò proferuntur circa id, de quo principaliter agitur; prout hæc omnia doctè explicat Cald. *d. q. 1. de nominat. n. 42.* His animadversis, ad propositam quæstionem respondetur, verba enunciativa quovis modo prolata in contractibus, seu actibus inter vivos, dispositionem, & nominationem non continere; secus autē in ultimis voluntatibus, si proferantur circa rem, de qua principaliter agitur. Utramque hujus resolutionis partem tradit, & latissimè multis relatis textibus, ac Doctoribus, prosequitur Cald. *dicta q. 1. à n. 33. usque ad 82.* multas limitationes, & declarationes adhibendo, quas apud illum videndas remitto. Neque enim nostri instituti est tam vastam juris prudentiæ sylvam digerere.

Tertia dubitatio, utrùm quando aliquis hoc modo disposuit, *Si filius meus vivus non est, nomino Sempronium*, censeatur nominatus filius, qui erat vivus, & sic in præsenti materia positus in conditione censeatur positus in dispositione? Respondet affirmativè Molina *disp. 480. n. 3.* Et merito, quia per argumentum à contrario sensu sufficienter illis verbis declaratur mens disponentis esse, ut filius Emphyteusim obtineat, & à se nominatus censeatur, si adhuc vivit: quovis autem modo disponens significet intensionem nominandi, id sufficit ad nominationē inducendam, ut jam supra notavimus. Neque obstat, quòd in alijs eventibus, ac præsertim quando agitur de hæredis institutione, non censetur positus in dispositione, qui solùm est positus in conditione, ut juxta commune Juristarum placitum docuimus *in tract. de testamentis, disp. 3. sect. 4.* & tradit Caldas *quæst. 2. de nominat.* ubi *n. 6.* ex illo Juristarum placito præsentem resolutionem minus probabilem judicat. Nam, ut notat Molina *supra*, doctrina illa Juristarum solùm est admittenda, quando ex circunstantiis non apparet mentem disponentis esse, ut positus in conditione habeatur in dispositione, ut in nostro casu apparet, præsertim cum de favore filij agatur. Adde, quod in institutione hæredis propterea non censetur institutus, qui solùm est positus in conditione; quia ad institutionē requiritur expressa, & solemnis voluntas, & non sufficit tacita, ut citato loco de testamentis à nobis declaratum est. 4

Quarta

5 Quarta dubitatio, utrùm censeatur simpliciter, & irrevocabiliter nominatus ad Emphyteusim filius, cui nubenti pater Emphyteusim concessit, dicendo, quod pro alimentis, & futuræ familiæ sustentatione illi dabat Emphyteusim, quam habebat? Caldas *q. 2. de nominat. n. 1.* testatur, se aliquando pro negativa parte consuluisse, probasseque solum usumfructum talis Emphyteusis filio videri concessum, ac proinde potuisse patrem postea nominare ad eam Emphyteusim alium filium, quòd eam à se quoad proprietatem non abdicasset. Cæterum postea contrariam sententiam magis probavit, quam tradit *dicta q. 2. n. 2. & 3.* sequitur Mol. *dicta disp. 480. n. 2.* & merito, quia quod pater dixerit, se dare filio Emphyteusim, addendo, *pro alimentis*, non restringit concessionem, sed tantum declarat causam, ob quam motus fuit, quod non tollit, quominus simpliciter, etiam quoad proprietatem, Emphyteusim in filium transtulerit, ut probat textus *in l. penult. §. final. ff. de alimentis legatis*; ubi, qui alimenta præstare tenebatur Titio, & Sempronio, rem certam eis legavit, adjecta clausula, ut habeant, unde se pascant; & illa non obstante, subdit Jurisconsultus, proprietatem legatã videri, quòd illa adjectio magis ad causam prælegãdi, quam ad usumfructum constituendum pertineret. Et idem probant alij textus, quos Caldas allegat. Quibus adde Baldum *in l. Lucius, §. Titia, ff. de legato, 2.* & Bartholum *in l. libertis, ff. de alimentis legatis*, resolventes, concessionem rei, ut donatarius illa fruatur, & utatur, censendam esse plenariã & consequenter per eam omne jus, & proprietatem rei in donatarium transferri, eò quòd verba illa effectum donationis respiciant, non autem illam restringant. Adverte autem ex eodem Caldas *n. 3. fine*, & Molina *ubi supra*, hanc resolutionem procedere, nisi ex alijs verbis adjunctis intelligatur alia esse disponentis mens, vel etiam, ut ego addo, nisi aliud regionis consuetudo habeat, quemadmodum notatur *in l. si servus plurium 50. §. final. ff. de legatis, 1.*

Quinta dubitatio. Utrùm censeatur nominatus ad Emphyteusim is, cui Emphyteuta nominandi potestatem habens Emphyteusim legavit? Respondetur affirmativè *ex l. unum ex familia, §. sed & si fundum, ff. de legat. 2.* ubi hæres gravatus restituere fundum uni de familia, quem elegerit, censetur eligere eum, cui talem fundum reliquerit, titulo scilicet legati, ut ibidem exponunt Florianus, & Paulus Castrensis. Unde hunc titulum habere vim electionis notavit ibidem Bartholus, post principium. Et ita hanc resolutionem tradit Caldas *de nominatione quæst. 1. n. 8. & q. 10. n. 2.* cum Gonçalo Valasco, quem ibi refert, & consentit Alvarus Valascus *consult. 61. n. 11. fine.* 6

Sexta dubitatio. Utrùm eo ipso, quod aliquis est institutus, aut relictus hæres ab Emphyteuta habente potestatem nominandi, censeatur ad ejus Emphyteusim nominatus? Respondetur varie hac in re sentire Doctores. Quidam enim affirmant, ut Pinel. *in l. 1. Cod. de bonis maternis, n. 11.* & Sanch. *tomo 2. opusc. lib. 4. cap. 1. dub. 33. n. 1.* qui censent in proposito casu censeri nominatum tam hæredem ex testamẽto, quam ab intestato. Alij nihil distinguentes absolute docent censeri nominatum hæredem. Ita Alex. & quidam alij apud Doctores citatos, & plures refert Caldas *de nominat. q. 7. n. 15.* Ipse verò Caldas probabilius distinguit docens *à n. 29.* hæredem scriptum, seu ex testamento, nominatum censeri: secus verò hæredem ab intestato. Et quidem, quod saltem hæres ab intestato non censeatur nominatus, tenent Antonius Gomes *tomo 2. Variarum, c. 11. ante num. 8.* Emmanuel à Costa, & Gonçalus Valascus, quos Caldas refert 7

fert, asserentes absolute non censeri nominatum hæredem. Atque pro hac sententia credit Costa apud Caldas stare Bartholum, & plures alios, ita ut hęc sit communior, & receptior. Imo illi etiam, qui absolute docent, censeri in proposito casu nominatum hæredem, monet Caldes, quod debent intelligi de hęrede scripto, non autem ab intestato.

8 Spectato autem jure Lusitano, tota hæc controversia cessat. Nam *lib. 4. Ordin. tit. 36. à principio*, deciditur, ut si is, qui accepit Emphyteusim pro se, & certis personis nominandis, decesserit confecto testamento, in quo relinquat certum aliquem hæredem suorum bonorum in solidum, nulla certa persona ad Emphyteusim nominata, hęres ille censeatur nominatus ad eam Emphyteusim. Et si reliquerit in testamento plures hæredes extraneos, id est, qui non sint ejus ascendentes, aut descendentes, hi omnes intelligantur ad Emphyteusim nominati, illamque inter se per æstimationem dividant, modo ibi præscripto. Si autem decedat intestatus, non relictis ascendentibus, aut descendentibus, vacet Emphyteusis, & ad dominum revertatur: si verò aliquem descendentem legitimũ relinquat, is servata gradus, sexus, & ætatis prærogativa, & exclusa repræsentatione, in Emphyteusi succedat, sive Emphyteuta testatus, sive intestatus decesserit: neque illo decedente cum testamento, succedat alter in Emphyteusim, esto suam tertiam ei reliquerit. Quòd si absque descendente legitimo decesserit, relicto filio naturali, is ad Emphyteusim admittatur, excluso quovis ascendente: si autem nec filium naturalem reliquerit, tunc succedat aliquis ejus ascendens, qui superstes fuerit, servata similiter gradus, & sexus prærogativa: filius autem spurius, si eum reliquerit, non succedat, nisi fuerit à Rege legitimatus, ita ut ab intestato succedere possit.

Circa quam Ordinationem, quia 9 frequens est in praxi, notandum est primo, quatenus hæredem Emphyteutæ nominatum censet ad dictam Emphyteusim, intelligi de hærede cum effectu, id est, qui hæreditatem acceptavit; cùm re ipsa non sit hæres, qui hæreditatem non adit. Sic Caldas *de nomination. quæst. 12. à num. 45.* & Molin. *d. disp. 480. n. 6.* Unde si is, ad quem dicta Emphyteusis deventura erat, ut v. g. filius primogenitus Emphyteutæ, hęreditatem repudiet, aut ante illam aditam moriatur, deveniet Emphyteusis ad alium descendentem, vel ascendentem, ad quem hæreditas cum effectu devenerit, servato ordine, qui eadem Ordinatione pręscribitur, ut docet idem Cald. *de nominat. q. 13. n. 3.* quem sequitur Mol. *sup.* Limitatur autem tradita resolutio in filio naturali hominis non plebei, qui licet non sit hęres patris ab intestato decedentis, ut per *Ordinat. lib. 4. tit. 92. §. 1.* tamen ad dictam Emphyteusim admittitur, & patris ascendentes ab illa excludit, ut eadem *Ordin. d. tit. 36.* cavetur. Neque ex hoc speciali casu recte Gama, *decis. 229.* & quidam alij deducunt, non oportere cæteros, qui ex dispositione hujus Ordinationis ad Emphyteusim admittuntur, hæredes esse cum effectu. Quanvis non negaverim hoc esse satis probabile, & facilè defendi posse, ut ex alijs etiam fundamentis defendit Cald. *de nomin. q. 7. n. 40. & seqq.* licet postea nimium sui oblitus contrarium docuerit *d. q. 12. à n. 45.*

Notandum secundo, dispositionem 10 dictæ Ordinationis habentis hæredes Emphyteutæ pro nominatis ad Emphyteusim, non procedere, neque vim habere in Emphyteusibus ecclesiasticis, ut contra aliquos tradit cum alijs Mol. *disp. 446. n. 3. post medium, juncto n. 5. & disp. 480 n. 7.* Quam eandem sententiam probabiliorem censet Caldas *dicta q. 7. n. 18. & 33.* respectu hæredis ab intestato, ut scilicet dicta Ordi-

di-

dinatio, quatenus hæredem ab intestato pro nominato habet, non se extendat ad Emphyteusim ecclesiasticam: secus autem quatenus admittit hæredem ex testamento, in quo præfatus Author censet esse conformem juri communi: quam distinctionem apertiùs tradit *n.* 56. Præcipuum fundamentum hujus sententiæ est, quia quòd hæres habeatur pro nominato ad Emphyteusim ecclesiasticam, & consequenter quòd illa non vacet, & revertatur ad Ecclesiam ob defectum nominationis, tangit maximè ipsam Ecclesiam, & in magnum ejus præjudicium cedere potest: leges autem civiles nihil in præjudicium Ecclesiæ circa ejus Emphyteuses disponere valent: cùm tam Ecclesia, quàm res illius ab omni civili potestate sint exemptæ, *cap. Ecclesia sancta Mariæ, de constitutionibus.* Advertit autem Caldas *dicto numero* 56. hanc sententiam vix hodie habituram locum in hoc regno, eo quòd ecclesiastica prætoria soleant hac in re prædictæ Ordinationis dispositioni, & æquitati accedere, & ita sæpius ipse judicatum viderit: quare mistam jam cõsuetudinem, & dispositionem dici posse laicorum, & clericorum omnino observandam.

11 Notandum tertiò juxta dispositionem dictæ legis, si pupillus habeat Emphyteusim nominationis, censeri ad eam nominatum, atque succedere in ea posse extraneum, qui ex pupillari substitutione fuerit hæres talis pupilli, ut tradit Caldas *de nominat. quæst.* 4. *n.* 3. *&* 4. & Mol. *disp.* 480. *num.* 8. quod idem asserit, & meritò, de eo, qui ex substitutione exemplari fuerit hæres furiosi similem Emphyteusim habentis. Ratio est manifesta; quia ille extraneus est propriè scriptus hæres talis pupilli, vel furiosi, cujus nomine pater de ejus bonis testatus est, & hæredem ei dedit illum extraneum, prout de jure efficere poterat.

12 Septima dubitatio, utrùm ex donatione Emphyteusis censeatur donatarius ad eam nominatus? Videtur negare Cald. *de extinct. c.* 10. *num.* 18. ubi docet, quanvis dominus concesserit potestatem nominandi, non eo ipso censeri eam concessisse ad Emphyteusim donandam, vel legandam, ipso inconsulto, præsertim cùm ex donatione laudemium debeatur secundùm jus commune, non autem ex nominatione. Nihilominus satis esse, quòd Emphyteuta Emphyteusim donet, ut donatarius pro nominato habeatur, tradit idem Caldas *de nomin. q.* 1. *sub n.* 8. & à nobis admissum est, *disp.* 4. *sect.* 7. §. 3. *n.* 130. Quod satis confirmatur ex eo, quòd proximè in hac ipsa sect. *n.* 6. diximus satis esse, quòd Emphyteuta leget Emphyteusim, ut legatarius censeatur ad eam nominatus; siquidem legatum nihil aliud est, quam quædam donatio. Confirmatur præterea ex Ordinatione Lusitana *lib.* 4. *tit.* 37. §. 1. quam etiam pro hac sententia ponderavimus citato loco *disput.* 4.

SECTIO SECUNDA.

Quis possit ad Emphyteusim nominare?

SUMMARIUM.

Vtrùm Religiosus possit nominare ad Emphyteusim, quam antea cum potestate nominandi habebat? n. 13. *& seqq.*

Pars affirmativa præfertur. n. 16.

An, retenta opinione negativa, transeat jus nominandi ad monasterium? n. 15.

Ostenditur potestatem eligendi, & nominandi ad Emphyteusim non repugnare cum paupertate religiosa. n. 17.

Nominatus ad Emphyteusim non capit à nominante, sed à domino concedente. num. 18.

Emphyteusis nominationis non est hæreditaria, licèt sit concessa cum libera facultate nominandi. ibidem.

Si monachus ante professionem nominaverat revocabiliter ad Emphyteusim, potest post professionem revocare illam nominationem, & aliam facere. n. 19.

Sed tamen limitatur in monacho Ordinis Minorum. ibid.

Vtrùm pupillus possit ad Emphyteusim nominare? n. 20.

Quæ pertinent ad implementum conditionis consistunt in facto, utpote quæ magis fiant ex facultate, quàm ex jure. ibidem.

Quod fit ex facultate, non præscribitur. eod. n. 20.

Vtrùm pupillus indigeat authoritate tutoris, & decreto judicis, ut nominare valeat ad Emphyteusim? n. 21.

Pupillus habens jus patronatus potest sine tutoris authoritate præsentare ad beneficium. ibidem.

Nominatus ad Emphyteusim à pupillo, cui pater pupillariter substituit, excludit substitutum à successione Emphyteusis. num. 22.

Perveniente pupillo ad annos, in quibus potest nominare ad Emphyteusim, sp. rat nominatio, quam pater nomine ipsius pupilli fecerat. eod. n. 22.

Vtrùm vir habens potestatem nominandi ad Emphyteusim possit nominare uxorem: vel è contra uxor virum? num. 23.

Vtrùm spectato jure Lusitano possit vir nominare ad Emphyteusim sine uxoris consensu? n. 24.

Vtrùm excommunicatus possit nominere ad Emphyteusim? n. 25.

Vtrùm servus pœnæ ad Emphyteusim possit nominare? n. 26. & seqq.

Quinam hodie servi pœnæ efficiantur? n. 26. & 29.

Postquam servus pœnæ quis effectus est, potest acquirere, & exercere potestatem nominandi. n. 28.

An prodigus possit ad Emphyteusim nominare? n. 30. remissivè.

Circa hanc quæstionem, cùm regulare sit, qui Emphyteusim accepit cum potestate nominandi successorem, posse ad eam nominare, solummodo videndum est, an hæc regula in aliquibus personis propter peculiarem earum conditionem fallat?

13 Primò igitur quæres, utrùm religiosus possit nominare ad Emphyteusim, quam antea cum potestate nominandi habebat? Hæc quæstio procedere potest vel de religioso nondum professo, qui adhuc retinet bonorum dominium; vel de professo, aut qui aliàs dominium retinere non potest, cujusmodi in nostra Societate sunt Coadjutores formati; qui licèt professi non sint, tamen sunt incapaces habendi proprium. Si procedat de religioso non professo, qui adhuc retinet dominium, vera resolutio est eum posse ad Emphyteusim nominare, ut bene Molina *disp.* 482. *num.* 1. & Sanch. *tomo* 2. *in Decalogum, lib.* 7. *cap.* 14. *num.* 14. Quia talis religiosus retinet omnia bona, & jura, quæ antea habebat, & sic jus etiam, & potestatem nominandi retinet; nec est, cur tali potestate uti non possit.

14 Si autem quæstio procedat de religioso professo, vel aliàs incapaci habendi proprium. Duplex est sententia. Prima tenet talem religiosum nominare non posse. Hanc tenent Mol. *dicta disp.* 482. *numer.* 4. & Sanches *d. cap.* 14. *n.* 16. Probant, quia nominans ad Emphyteusim, quam emit, vel contractu oneroso sibi accepit cum potestate eligendi successorem, confert nominato aliquid de suo, ipsum videlicet jus Emphyteuticum, seu dominium utile, quod habebat: Religiosus autem, qui est incapax habendi proprium, nihil habet suum, & consequenter nihil de suo conferre potest; ac proinde neque nominare ad Emphyteusim. Maximè verò procedit hæc ratio, inquit Molina alio loco, nempe *disp.* 480. *num.* 9. quando Emphyteusis

erat

erat concessa cum facultate nominandi in certum de incertis, id est, quamlibet personam, etiam de extraneis, eo quod ejusmodi Emphyteusis sit hæreditaria: constat autem, electum ad Emphyteusim hæreditariam, illam capere ab ipso Emphyteuta eligente, & consequenter hunc de suo dare, licet per viam nominationis eam conferat.

15 Ex hac resolutione infert Sanch. *supra numer.* 17. hoc jus nominandi transire in monasterium succedendi capax, & finiri per mortem religiosi, cujus erat Emphyteusis, eo quod non competat monasterio, nisi ratione monachi, & quatenus ad ipsum monachum ante professionem spectabat. Si autem monasterium non sit capax succedendi, tunc in illud non succedere, sicut nec in alia bona, quæ monachus habebat. Cæterùm retenta etiam prædicta sententia, hæc Sancij traditio, quatenus admittit facultatem nominandi transire in monasterium succedendi capax, suo dubio non caret, propter *l. si servus, in principio, ff. de verborum obligat.* ubi dicitur facultatem eligendi cohærere personæ. Et Molina Jurista *lib. 2. de primogen. cap. 4. fine*, absolute statuit, facultatem nominandi, seu eligendi esse personalissimam. Illum consulito.

16 Alia sententia, quam probabiliorem judico, tenet, dictum religiosum nominare posse. Pro hac stat Barth. *in l. cum pater, §. hæreditatem, ff. de leg. 2. & in tract. minoric. lib. 3. dist. 1. cap. 1. & 4.* Caldas *de nominat. q. 6. num. 3.* Benedictus Ægydius *in l. 1. Cod. de sacrosanct. Eccles. part. 1. §. 2. num. 19.* Menchaca *illustrium quæst. cap. 98.* ac novissime Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 17. num. 7.* Quæ sententia procedit, licet Religiosus sit Ordinis Minorum, ut bene Cald. cit. post Bartholum *supra*, quanvis Fragos. citat. *n.* 9. id neget, dicens neque fratrem Minorem, neque Religiosum Societ. professum, aut Coadiutorem formatum, nominare posse ad Emphyteusim. Prædicta vero sententia principalis, cum dicta ampliatione, probatur facile; quia ejusmodi nominatio non est actus dominij, alicujus ve juris, quod ad dominium revocetur, sed est nudum quoddam ministerium consistens in facto, seu nudo usu facultatis à domino concessæ ad successorem eligendum, qui usus, & potestas non pugnat cum paupertate, quam Religiosus per votum solemne profitetur, cum per talem usum nihil sibi monachus appropriet, vel acquirat: alioquin non posset Religiosus professus esse executor testamenti, & eligere pro suo arbitratu pauperes, in quos juxta testatoris dispositionem bona illius distribuantur: cujus tamen oppositum cum communiori sententia admittit Sanches *tomo 2. in Decalogum, lib. 6. cap. 11.* excipiendo tantum fratres Ordinis Minorum, quibus specialiter interdictum est, ne executores testamentorum esse possint.

Si opponas, hoc ipsum jus, seu potestatem eligendi esse pretio æstimabilem, ac de facto acquiri pretio simul cum ipsa Emphyteusi; & ideo non posse esse propriam monachi professi, qui est omnino incapax proprietatis. Respondetur facilè, hanc potestatem non esse secundùm se æstimabilem pretio; quia nullum ex se affert temporale emolumentum: & licet illud afferat, adhuc quatenus ab eo præscindi posset, non censeretur pretio æstimabilis; siquidem ut sic non efficeret hominem divitem. Ita in simili docet Soares *tomo 3. de religione, lib. 8. cap. 5. num. 31. & cap. 15. num. 16.* ubi tradit, si alicui religioso committatur electio personarum, inter quas aliqua bona pro ejus arbitrio distribuantur, licet jus ad eam electionem, & distributionem faciendam possit æstimari pretio propter aliquod emolumentum, vel stipendium admi- 17

nistrationis, si forte assignatum sit, tamen posse præscindi à tali emolumento, & ut sic acceptari absque voti præjudicio, sicut jus moderandi aliquā cathedram, ut præscindit ab stipendio; quia ut sic non facit divitem, neque est pretio æstimabile. Id, quod latius explicuimus in nostra *disputatione de restitutione bonorum externorum*, *cap.* 11 *sect.* 5. *sub tit. qui usus bonorum*, *difficultate* 3.

8 Facilius diluitur fundamentum, quo Molina, & Sanches priorem sententiam probant. Negamus enim nominantem ad Emphyteusim conferre nominato aliquid de suo. Quia, ut sæpe in hac materia ex communi sententia tradidimus, nominatus ad Emphyteusim, non ab ipso nominante, sed à domino concedente illam capit, ut sumitur *ex l. unum ex familia*, 69. §. *si falcidia*, *ff. de legatis* 2. ubi habetur, electum ab hærede gravato restituere uni de familia, non capere ab eligente, sed à fideicommittente. Et constat ratione; quia Emphyteusis nominationis non est hæreditaria, etiam si sit concessa cum libera potestate eligendi quamlibet personam, ut videtur esse communis fere omnium sententia, à quā sine sufficienti fundamento Mol. discedit; sed est tantum ex pacto & providentia, qualis est quæcunque sine mentione hæredum cōceditur: qui autem succedit in aliquā bona non jure hæreditario, sed ex pacto & providentia, non capit illa à prædecessore, sed ab institutore, & primo concedente, ut videre est in maioratibus, & capellis, etiam si per viam nominationis ab ultimo possessore faciendæ deferantur: à qua regula non est, cur dictam Emphyteusim excipiamus.

19 Ex hac sententia sequitur, si monachus ante professionem nominaverat revocabiliter ad Emphyteusim, posse post professionem revocare illam nominationem, & aliam facere, ut bene infert idem Caldas *dicta q.* 6. *n.* 5. qui tamen hoc limitat, ut non procedat in monacho Ordinis Minorum propter specialem prohibitionem, *Clementina*, *exivi de Paradiso*, §. *dubitaverunt*, *de verborum significatione*, ubi his monachis interdicitur, nequid facere possint, ex quo aliquo modo oculum videantur habere ad bona. Videretur enim monachus oculum ad temporalia vertisse, si nominationem antea factam revocare tentasset; nec levis inde oriretur suspicio, cum aliquod emolumentum ex tali revocatione captare velle. Idem sentit Fragos. *dicto* §. 17. *num.* 9. addendo idem esse dicendum in religiosis Societatis professis, aut Coadiutoribus formatis: de quo ego dubito cum *dict. Clementina*, *exivi*; cum de illis non loquatur.

Quæres secundo, utrùm pupillus possit nominare ad Emphyteusim? 20
Respondent affirmative Gama *decis.* 44. cum Gonçalo Valasco, & alijs, dicens, ita fuisse judicatum in Senatu Lusitano, Benedictus Ægydius *in l.* 1. *Cod. de sacrosanct. Eccles. part.* 1. §. 2. *sub numero* 21. Caldas *de nominatione*, *quæst.* 4. *num.* 7. & Molina *disput.* 480. *num.* 9. quanvis hi duo postremi Doctores non eodem nitantur fundamento. Caldas enim ducitur; quia nominatio est quid facti, non juris, eo quod per eam nihil aliud efficiat nominans, quam implere conditionem à domino requisitam, ut alter jus acquirat ex vi dominicæ concessionis sub ea conditione factæ; & quæ ad implementum conditionis pertinent, in facto consistant, *l. qui hæredi* 44. *ff. de conditionibus*, *& demonstrationibus*, ut pote quæ magis sint in facultate, quam in jure, ut per Bartholum *in l. pignori ad finem*, *ff. de usucapionib.* qui inde infert, præscribi non posse, quemadmodum nec cætera, quæ in facto consistunt: pupillus autem omnia potest, & exercet, quæ consistunt in facto; qua ratione possessionem acquirit, *l.* 1.

l. 1. §. adipiscimur, ff. de acquirenda possessione, ibi, *quia facti est*.

21 Intelligit hanc sententiam Cald. *num.* 10. de pupillo septennio maiori. Addit autem *n.* 12. oportere, ut concurrat authoritas tutoris, & decretum iudicis, ut dicta nominatio valeat; quia sine his solemnitatibus non potest pupillus alienare rem immobilem. Hoc tamen intelligo, quando nominatio esset irrevocabilis, non autem, si revocabilis esset, cum per hanc nullum jus pupillus à se abdicet, vel amittat, & consequenter nihil alienet. Quæ est ratio, ob quam sine tutoris authoritate potest pupillus habens jus patronatus præsentare ad beneficium, ut ipse Caldas *dicta quæst.* 4. *num.* 8. cum Rota, & communi Doctorum admittit. Molina vero, cum juxta sua principia neget nominationem ad Emphyteusim in solo facto consistere, alio nititur fundamento, & quidem solido, quod scilicet pupillus, si pubertati sit proximus (id est, si masculus ad decimum annum cum dimidio; aut fæmina ad nonum annum cum dimidio pervenit) potest cum consensu tutoris, & decreto judicis celebrare quoslibet contractus etiam circa bona immobilia: unde consequens est, ut etiam nominare ad Emphyteusim possit.

22 Sive autem hoc, sive illo nitaris fundamento, procedit hæc sententia, etiam in casu, quo pupilli pater hæredem illi dedisset; ita ut licet pupillus intra pupillarem ætatem moriatur, & hæres illi datus successurus esset in ejus Emphyteusim per supradicta *in sectione præcedenti*, *numer.* 11. attamen si pupillus alium nominasset, is hæredi præferatur in Emphyteusim, cæteris pupilli bonis ad dictum hæredem spectantibus. Ita Molina *dicta disput.* 480. *num.* 9. & Caldas *dicta quæst.* 4. *numer.* 5. *&* 9. ubi addit perveniente pupillo ad annos, in quibus potest nominare ad Emphyteusim, id est, in quibus est pubertati proximus, statim nominationem à patre nomine ipsius pupilli facta expirare; quemadmodum testamentum, quo pater nomine pupilli testatus est, expirat ubi pupillus pervenit ad ætatem, in qua testari potest, id est, ad annos pubertatis. Tandem notant citati Doctores, si pupillus se læsum sentiat ex nominatione à se irrevocabiliter facta, posse beneficio restitutionis eam rescindere: si autem esset revocabilis, tali beneficio non indigere, quod satis ex se constat.

Quæres tertio, utrùm maritus habens potestatem nominandi ad Emphyteusim possit nominare uxorem: 23
vel è contra uxor virum? Ratio dubitandi pro parte negativa est; quia donatio inter virum, & uxorem, est ipso jure nulla, nisi accedat traditio, & morte donantis confirmetur, ut est tritum in jure, & tradit late Sanches *lib.* 6. *de matrimonio*, *disp.* 1. *& disp.* 14. *num.* 6. Vnde idem videtur dicendum de nominatione Emphyteutica, si vir uxorem, aut uxor virum nominet. Oppositum nihilominus tradit merito Caldas *de nominatione*, *q.* 4. *numer.* 18. *& de potestate eligendi*, *cap.* 4. *num.* 4. & Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordinat. reg. lib.* 4. *tit.* 37. *in principio*, *numer.* 4. Quia conjux nominando alium conjugem, nihil dat de suo, cum nominatus non capiat à nominante, sed à domino, ut *supra num.* 18. probatum est, & apud fere omnes constat; ac proinde donationem non facit. Juvat textus *in l. si sponsus*, 5. §. *si maritus*, *ff. de donat. inter virum, & uxorem*; quem bene ad rem præsentem accommodat idem Caldas. Facit etiam Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 105. Quatenus viduæ quinquagennariæ filios habenti, si iterum nubat, specialiter interdicit, ne maritum nominare possit ad Emphyteusim. Vnde contrarium videtur admittere, & concedere, si mulier sit junior, vel filijs careat. Quo

jure uti Lusitanos testatur Cald. *dicto cap.* 4. *n.* 4. *fine.* Et ita docet expresse Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 20. *n.* 8. explicando illam Ordinationem: juxta quã *n.* 9. addit cum Cabedo 1. *p. decis.* 114. sicut mulier quinquagenaria filios habens non potest nominare virum, cui post eam ætatem nupsit: ita pariter non posse nominari ab ipso viro filios ex alio matrimonio habenti, etiam si quinquagenarius non sit; & hoc, ut æqualitas inter ipsos conjugatos servetur: si tamen solus vir habeat Emphyteusim nominationis, credunt ijdem Doctores, quod tunc poterit dictam uxorem nominare ad illam Emphyteusim, & affirmat Cabed. *n.* 18. ita se vidisse judicatum. Adverte autem, licet conjux habens Emphyteusim nominationis possit alterum conjugem ad eam nominare, attamen non posse in vita sua transferre in alterum irrevocabiliter jus, quod habet in re Emphyteutica: quia translatio talis juris est vera donatio, per quam donans redditur pauperior, & donatarius ditior: tales autem donationes inter virum, & uxoré sunt revocabiles, antequã per morté donantis confirmẽtur, ut dictum est.

24 Quæres quarto, utrum non obstante Ordinatione Lusitana *lib.* 4. *tit.* 48. qua cavetur, ne maritus possit alienare ulla bona immobilia absque expresso consensu uxoris, possit nihilominus maritus nominare ad Emphyteusim, uxore inconsulta? Respondent affirmative Caldas *de nomin. q.* 18. *num.* 10. & Emmanuel Barbosa *in remission. ad Ordinat. reg. loco cit. num.* 12. Et merito, quia cùm nominatus ad Emphyteusim non capiat à nominante, sed à domino, ut sæpius dictum est, nihil maritus de suo confert, vel alienat; & sic non indiget consensu uxoris. Id, quod ipsa Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 97. §. *ult.* aperte supponit, & admittit. Limitant autem citati Doctores hanc resolutionem, dummodo maritus usũfructum pro tempore vitæ suæ reservet; quòd illum transferendo faciat contra ipsam Ordinationem regiam *dicto tit.* 48. quæ dum prohibet, ne maritus ulla bona immobilia alienet absque expresso consensu uxoris, comprehendit etiam alienationem ususfructus, ut constat ex eadem Ordinat. *lib.* 3. *tit.* 47. *in princip.* ad quem locum se ipsam remittit *in d. tit* 48. §. *penul.*

Quæres quinto; utrum ad Emphyteusim nominare possit excommunicatus? Respondetur affirmative. Sic Caldas *de nomin. q.* 5. *n.* 47. Probatur; quia nullo jure excommunicatus tali potestate privatur, cum ea potestas non sit jurisdictionis, neque fundata in aliquo jure, quod per excommunicationem auferatur, aut impediatur. Confirmatur primo; quia excommunicatus, si habeat jus patronatus, retinet facultatem nominandi, seu præsentandi ad beneficium, ut apud eundem Caldas tenet Rota antiqua, & admittunt alij Doctores, quanvis Soar. *tomo* 5. *in* 3. *partem, disp.* 14. *sect.* 2. *n.* 31. & Ægydius Bellanus *tomo de pænitent. disp.* 14. *de censuris, n.* 93. teneant posse Episcopum talem præsentationem non acceptare. Confirmatur secundo; quia ea, quæ geruntur ab excommunicato vitando, tanquam persona privata, sunt valida, regulariter loquendo, ut contractus emptionis, & venditionis, mutui, & cæt. imo & testamentum, nisi sit factum ab excommunicato propter crimen hæresis, vel percussionis Cardinalium, ut in materia de excommunicatione tradidimus, & latius in tract. de testamentis: ergo etiam nominatio ad Emphyteusim valida erit, cum fiat ab Emphyteuta, tanquam persona privata, & sit veluti quidam contractus, seu donatio. 25

Quæres sexto, utrum servus pænæ nominare possit ad Emphyteusim? Adverte, servum pænæ dici olim quicunque damnabatur pæna mortis, aut ad bestias, vel ad opus publicum, ut ad metallum: hodie vero ejusmodi servitutem restrictam esse per jus commune 26

mune novum, *Authent. sed hodie, Cod. de donat. inter virum, & uxorem*, ut locum non habeat in homine ingenuo. Id, quod Mol. *tomo 1. de just. tract. 2. disp. 9. sub num. 5. vers. crediderim*, post Baldum, Salicet. & alios, quos citat, & sequi videtur Caldas *de nomin. q. 5. n. 33.* intelligit, etiam si damnatus sit ad mortem naturalem. Communis tamen sententia est, etiam hodie ingenuum, si ad mortem naturalem damnatus sit, effici servum pænæ; & solum sublatam, seu restrictam esse ejusmodi servitutem, quatenus extendebatur ad ingenuos ad bestias, vel ad metalla damnatos. Sic Glossa *in dict. Authent. sed hodie, vers. ex supplicio*: Barth. *in l. ejus qui, §. 1. num. 1. ff. de testam.* asserens ita tenere Dynum, & omnes, Covar. *in rubr. de testam. p. 3. n. 27.* Antonius Gom. *in l. 4. Tauri, n. 2.* Peregrinus *de jure fisci, lib. 3. tit. 2. num. 4.* Benedictus Ægydius *in l. 1. Cod. de sacros. Eccles. p. 1. §. 5. n. 3.* Farinac. *in praxi crim. q. 102. num. 118.* & cæteri communiter. Quibus accedit Ordinatio Lusitana *lib. 4. tit. 81. §. 6.* ubi absolutè habetur per damnationem ad mortem naturalem effici damnatum servum pænæ, & consequenter reddi inhabilem ad omnes actus civiles, qui juris authoritatem requirunt, ut testamentum, & similes. Itaque servum pænæ intelligimus damnatum ad mortem naturalem.

27 Hoc posito, ad propositam quæstionem respondetur, ejusmodi servum, seu ad mortem naturalem damnatum non posse nominare ad Emphyteusim. Ita sumitur ex Ordinat. Lusit. *lib. 5. tit. 6. §. 19.* ubi loquendo de reo læsæ maiestatis decernit, eum post tale crimen admissum nominare ad Emphyteusim non posse, & spectato jure communi tradit cum alijs Cald. *d. q. 5. de nomin. n. 4.* & Mol. *disp. 481. n. 9.* Probatur; quia licet ejusmodi nominatio in facto consistat, attamen servus pænæ etiam electionis in facto cō-sistentis est incapax, *l. ex facto 17. §. si quis rogatus, in 2. ff. ad Trebellianum*, ibi; *electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic* (scilicet servo pænæ) *dari non oportet.*

Limitat autem primo hanc resolutionem Caldas *n. 20.* cum Cumano, quem ibi refert, ut solùm procedat de servo pænæ, qui ante contractam ejusmodi servitutem habebat potestatem nominandi: postea enim consequi posse hanc potestatem credit, eo quod ejusmodi potestas in facto consistat, & servus non reddatur incapax obtinendi de novo, quæ sunt facti. Cujus diversitatis eam rationem reddit; quia ejusmodi servus per ipsam condemnationem, & servitutem censetur mori; *l. interdicit, ff. de condit. & demonstrat.* & postea, etiamsi libertati restituatur, nō censetur idem homo, qui antea erat. Vnde potestas nominandi, quam antea habebat, simul cum illo censetur perijsse, & manet penitus extincta, adeo ut nec illo restituto, excitetur, ut bene idem Cald. advertit *num. 19.* per *l. qui res, §. aream, ff. de solution.* Hæc autem ratio cessat in acquisitione de novo, cum nulla in homine jam fiat mutatio, ratione cujus impediatur, ne potestatem nominandi sibi denuo concessam in facto consistentem obtinere, & exercere possit. 28

Limitat secundo idem Caldas *num. 21.* cum Baldo, & Julio Claro, ut non procedat in condemnato ad mortem in absentia, seu qui in publicis vinculis non detinetur; quod iste non efficiatur servus pænæ, quandiu in vincula non conjicitur, argumento *l. non est mirum, ff. de pignoratitia actione, & l. quod sæpe, 35. §. si quis amico, ff. de contrahenda emptione*, quas leges optimè ad rem præsentem applicat Caldas. Illum consule. 29

An prodigus, cui bonis interdictum est, nominare possit? Vide apud Benedictum Ægydium *in l. 1. Cod. de sacros. Eccles. p. 1. §. 2. fine*, ubi negativè re- 30

 spondet,

spondet, si curatoris authoritas non accedat.

SECTIO TERTIA.

Quis ad Emphyteusim nominari possit?

SUMMARIUM.

Nominari non potest ad Emphyteusim persona prohibita: & quænam talis censeatur? n. 31.

Habens potestatem nominandi ad Emphyteusim non potest nominare personam se ipso potentiorē: & unde quis censeatur potentior? n. 32.

Scholaris, Clericus, Ecclesia, Civitas, & Collegium non potest nominari ad Emphyteusim. Et quomodo id quoad Ecclesiam, & pium locum intelligatur? eod. num. 32.

Persona potentior potest succedere in Emphyteusim ex nominatione tacita, quæ fit per legem. n. 33.

Filius quanvis sit potentior patre, potest ab eo nominari ad Emphyteusim. Quod intelligitur de legitimo, non de adoptivo. n. 34.

Consocius in eadem re Emphyteutica potest partem suam alienare in alium consocium, quanvis potentiorem, vel alias prohibitum. ibidem.

Vtrùm possit nominari, qui non est potentior domino directo, licet sit potentior nominante? n. 35.

Non potest nominari ad Emphyteusim persona valde pauper. Et quomodo id ab Authore intelligatur? n. 36.

Non potest etiam nominari inimicus domino, à quo Emphyteusis fuit concessa. Et quando id intelligendum sit? n. 37.

Vtrùm valeat nominatio, qua plures personæ simul ad Emphyteusim fuerint electæ? n. 38.

An possit quis animam suam nominare pro secunda, vel tertia vita, ut in ejus bonum expendantur reditus, vel pretium Emphyteusis? n. 39.

Vtrùm possit nominari ad Emphyteusim filius illegitimus, vel legitimatus? n. 40. remissive.

Vtrùm concubina clerici, vel alterius? ibidem.

In hac quæstione certum generaliter est, non posse nominari personam inhabilem, seu prohibitam, quales in præsenti materia censentur, quæ in contractibus Emphyteuticis vetari solent, ne Emphyteusis ad eas transferatur, ut sumitur ex *l. ult. Cod. de jure Emphyteut.* ibi, *Ijs tamen personis, quæ non solent in Emphyteuticis contractibus vetari.* Et constat ratione; quia generalis concessio non intelligitur facta pro ijs, quos concedens vero similiter exciperet, si specialiter proponerentur, *regula, in generali de reg. juris in 6.* Dominus autem concedens Emphyteusim pro personis nominandis vero similiter exciperet, quæ communiter in talibus contractibus excipi solent, si specialiter pro eis postularetur. Ejusmodi vero personæ, ut Doctores communiter explicant, sunt illæ, ex quibus domini conditio redditur deterior, sive quia difficilius pensionem ab eis comparabit; sive quia cessabit illi spes caducitatis, aut recipiendi laudemium, ut magis in particulari explicuimus *disput. 4. sect. 9. §. unico.* 31

Ex quibus statuunt Doctores primo hanc conclusionem. Habens potestatem nominandi ad Emphyteusim non potest nominare personam se ipso potentiorem. Sic, relatis multis Caldas *de potestate eligendi, cap. 1. num. 2.* Censetur autem quis potentior, vel ratione officij publici, vel ratione divitiarum, aut nobilitatis, aut familiaritatis cum magnatibus, vel denique ratione fori, seu privilegij quoad forum, prout hæc omnia bene illustrat idem Caldas *à n. 6.* qui inde infert, Scholarem, Clericum, Ecclesiam, Civitatem, & 32

& Collegium nominari non posse; quamvis, quod attinet ad Ecclesiam, & pium locum, id intelligat de nominatione, ex qua Emphyteusis illi acquiratur in perpetuum, non autem, qua Emphyteusim acquirat cum onere eam alienandi intra annum. Et ita etiam sentit Fragos. (quanvis plura involvens) *tomo 6. disp. 9. §. 17. n. 2.*

33 Limitatur autem tradita conclusio primo, ut non procedat de nominatione tacita, quæ fit per legem, ut cum aliquis, ex eo quod succedat Emphyteutæ ab intestato, censetur per legem nominatus ad ejus Emphyteusim, si sit ejus ascendens, aut descendens, quemadmodum disponitur *lib. 4. Ordinat. Lusit. tit. 36.* Ex quo fundamento probavimus *disp. præcedenti sect. ult. §. 6.* posse monasterium succedere monacho ab intestato in Emphyteusi, quam monachus ante professionem habebat; non obstante, quod inde conditio domini directi recti reddatur deterior, & ibi Authores hujus sententiæ retulimus.

34 Limitatur secundo, ut non procedat in filio à patre nominato, quod is potentior patre dici non possit. Sic relatis alijs, Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 20. num. 1. fine*, & Caldas *de potest. eligendi, cap. 1. num. 22.* qui tamen ex Tiraquelo *in l. si unquam, verbo susceperit liberos, num. 9. & in proœmio tractatus de retract. num. 53.* hoc intelligendum arbitratur de filio legitimo, non autem de adptivo. Limitatur tertio, nisi persona potentior, vel aliàs prohibita, sit consors, vel consocius in eadem re Emphyteutica; quia in eum alter socius potest partem suam alienare, ut ex Card. Thusco, & Mantic. tradit August. Barbos. *in collect. ad c. potuit de locato, n. 171.*

35 Limitanda etiam videtur conclusio, ut non procedat, quando nominatus potentior non est domino directo. Quia juris dispositio, ne res litigiosa alienetur in potentiorem, cessat, quando actor non est minus potens, quam is, in quem res alienatur, ut resolvunt Baldus, & Salicetus, *in l. 2. Cod. ne liceat potentioribus.* Ex quo fundamento tentavit Jason *in l. finali, n. 99. cum seqq. Cod. de jure Emphyt.* hanc limitationem tueri, licet rem indecisam reliquerit. Absolute vero hanc limitationem approbat Cardin. Thusc. quem citat, & sequitur August. Barbosa *loco supra citato.* Contrarium nihilominus merito defendit Caldas *dicto cap. 1. de potestate eligendi sub num. 27.* Quia licet nominatus non sit potentior domino directo, si tamen potentior sit ipso nominante, deterior efficitur conditio ipsius domini, qui non tam facile pensionem, & cætera jura dominicalia obtinere poterit. Quamobrem Doctores *in cap. potuit, de locato*, communiter negant posse nominari Ecclesiam ad Emphyteusim ecclesiasticam, licet tam potens; & privilegiata sit Ecclesia domina directa, quam ea, in quam Emphyteusis transferretur.

Statuunt secundo, non posse nominari ad Emphyteusim hominem valde pauperem, seu mendicum. Ita Mol. *disp. 459. n. 4.* & Caldas *d. cap. 1. de potestate eligendi, num. 19.* qui alios tacito nomine refert. Probatur ex duplici fundamento. Primo, quia nimia paupertas impedimento erit, ne domino facile solvatur pensio. Secundo; quia ejusmodi pauperes sunt privilegiati; nam bonorum cessione liberantur, vel in carcere sunt alendi à creditoribus. Ex quibus satis constat reddi dominum deterioris conditionis, si Emphyteusis ad eos transferatur. Hanc tamen conclusionem intelligo, quando Emphyteusis non esset adeo pinguis, ut ex ejus fructibus pauper omnino à miseria sublevaretur; quia tunc jam satis haberet, unde absque difficultate domino posset satisfacere. 36

Statuunt tertio, non posse nominari inimicum domino directo, qui Emphyteusim concessit. Ita Caldas cum alijs *dicto cap. 1. de potestate eligen-* 37

di n. 28. Ratio est; quia concessio non intelligitur facta pro odiosis ipsi domino concedenti. Notat autem idem Caldas *n.* 30. si inimicitia capitalis non sit, non nocere nominato, si post illam cõtractam Emphyteusis concessa fuit; quia sibi debet imputare dominus, quòd illum non excluserit. Limitat prętereca *n.* 36. cum Bartholo, & multis alijs, ut non procedat tradita conclusio, quando ipse dominus causam inimicitiæ dedit, quod multis textibus id in simili de legatario disponentibus comprobatur; quanvis etiam in contrarium valida ex ipso jure fiant argumenta, quæ affert, & solvere conatur idem Caldas à *n.* 40. Illum consule.

38 Quæres, utrum valeat nominatio, qua plures personæ simul ad Emphyteusim fuerint electæ? Respondet Valascus *consult.* 71. *n.* 11. valere, si domino placuerit, ut Emphyteusis dividatur: si autem id ei non placuerit, valere quoad personam, quæ ordine literæ primo fuerit nominata; argumento *l. generaliter*, §. *proinde*, *vers. quis ergo statuet*, *ff. de fideicommissar. libert.* utpote quæ cæteris videtur pręelecta. Idem te ipsa tradit Caldas *de nominat. q.* 10. *n.* 31. *&* 32. *juncto n.* 38. quanvis multa parum utiliter misceat: tenet etiã Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 22. *num.* 4. At Senatus Lusitanus, ut idem Valascus refert *n.* 12 censuit, eam nominationem simpliciter valere, debere tamen Emphyteusim incapitari in una ex illis personis nominatis juxta formam pręscriptam *lib.* 4. *Ordin. regia*, *tit.* 36. §. 1. *&* *tit.* 96. §. 23. ubi jubetur, ut quando Emphyteusis devenit ad plures, dividatur inter illos per æstimationem, ipsa verò res tota penes unum maneat, qui alijs pro sua cujusque portione æstimationem soluat. Et hæc sententia mihi videtur vera juxta eandem Ordinationem *d. tit.* 36. ubi quando Emphyteuta, qui habebat Emphyteusim nominationis cum potestate nominandi, decessit, nemine expresse nominato, relictis tamen pluribus hæredibus ex testamento, omnes hæredes ad eam admittuntur cum obligatione, ut in uno eorum incapitetur juxta formam ibi præscriptam. Si ergo, quando plures tacite nominantur, ea nominatio dicto modo valet, cur non valebit similiter, quando nominantur expresse?

Quæres prætcrea, an possit quis animam suam nominare pro secunda, vel tertia vita, ut in ejus bonum expendantur reditus, vel pretium Emphyteusis? Respondet negative Valascus *consult.* 193. ubi asserit, ita fuisse judicatum in supremo Senatu hujus regni, revocata, & habita pro ridicula sententia judicis residuorum, qui judicavit valere illam nominationem, & ut pars daret procuratori captivorum, vel residuorum quantum fuisset arbitratum valere Emphyteusim pro una vita, ut pro anima defuncti in opera pia distribueretur; vel si pars eam æstimationem dare nollet, traderet fundum Emphyteuticum, ut ejus reditus similiter expenderentur pro tempore, quo judex arbitraretur durare vitam unius hominis. Eandem sententiam tenet in specie Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 23. *n.* 2. & mihi videtur vera, ea ratione, quia Emphyteusis nominationis solum pertinet ad possessorem pro tempore vitæ suæ, ut maioratus, & similia bona, quæ ex pacto, & providentia deferũtur: igitur non potest de illa disponere post mortem in suam propriam utilitatem, etiam spiritualem. Præterea facultas nominandi à domino concessa intelligitur pro personis, quæ verè succedant in Emphyteusim, ejusque obligationes impleant: quod animæ non convenit. 39

Vtrùm possit nominari filius illegitimus, vel spurius, aut legitimatus? Explicatum est *disp. praced. sect. ult.* §. 2. *&* *duobus seqq.* ubi plenè tractavimus, an illegitimi, & legitimati possint in Emphyteusim succedere. Si quæras utrum concubina possit nominari à 40

Cleri-

Clerico, vel alio suo amasio? Respondet, relatis alijs, Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 20. *num.* 2. non posse nominari ad Emphyteusim ecclesiasticam, posse verò ad secularem. Quæ resolutio mihi placet.

SECTIO QUARTA.

An, & quando Emphyteuta habens potestatem nominandi possit variare, seu nominationem jam factam revocare?

SUMMARIUM.

Constituuntur duæ regulæ in hac materia. Prima regula est, quòd ille potest variare, cùm Emphyteusis concessa est cum facultate nominandi usque ad mortem, vel tempore mortis. n. 41.

Ponitur quædam limitatio hujus regulæ. ibidem.

Secunda regula est, quòd non potest variare ille, cui concessa est facultas nominandi, nulla facta mentione mortis. num. 42.

Limitatur hæc regula dupliciter: Primò, nisi prior nominatio facta fuisset in testamento. Secundò, nisi nominatus præmoriatur nominanti; cùm nullum aliud jus in eum esset translatum. ibid.

Circa prædictas regulas, & earum limitationes plurimæ excitantur difficultates. num. 43.

41 DUas regulas in hac materia constituit Ordinatio Lusitana *lib.* 4. *tit.* 37. Prima est, quando in contractu Emphyteutico conceditur accipienti Emphyteusim, ut possit aliam personam ad eam nominare usque ad mortem, vel tempore mortis, potest talis Emphyteuta semel, & iterum, ac sæpius nominationem variare usque ad mortem, & per ultimam nominationem cæteræ revocantur. Hæc regula ponitur *dicto tit.* 37. *in principio*, ubi ea redditur ratio; quia omnes actus, qui ordinantur ad tempus mortis, possunt usque ad mortem revocari. Statim verò §. 1. eadem regula limitatur, ut non procedat, quando is, qui habebat potestatem nominandi usque ad mortem, transtulerit in vita sua rem Emphyteuticam in aliam personam titulo dotis, vel aliquo alio, transferendo in talem personam omne jus, quod in re Emphyteutica habebat, licèt sibi reservet usumfructum. Tunc enim, ait Ordinatio, jam non poterit iterùm ullam personam nominare; imò persona, in quam res ita fuerit translata, poterit de illa disponere.

Secunda regula est. Si in contractu Emphyteutico concessa sit facultas nominandi, nulla facta mentione mortis, non potest Emphyteuta, postquam semel nominaverit, facere aliam nominationem, per quam prior revocetur; neque si illam faciat, talis nominatio valebit. Hæc regula ponitur §. 2. *ejusdem tit.* 37. Et redditur ibi ratio; quia per primam nominationem acquisitũ fuit jus nominato, quanvis notitiam de illa non habeat; quo jure per revocationem privari non potest. Dupliciter autem hæc regula *eodem tit.* 37. limitatur. Primò, ut non procedat, quando talis nominatio fuerit facta in testamento, quòd hæc, revocato ipso testamento, vel pro nullo habito, consequenter revocetur, & pro nulla habeatur. Sic habetur §. 4. Secundò, ut non procedat, si nominatio simpliciter fiat, nullo alio jure in nominatum trãslato, & nominatus præmoriatur nominanti, eo quòd illa nominatio effectum non habuerit, & sic integrum sit nominanti iterum nominare. Sic decernitur §. 5. 42

Circa has regulas, & has earum limitationes plurimæ difficultates, & dubitationes à Doctoribus excitantur; ex 43

ex quibus potissimas, & quæ in praxi frequentiores sunt, expediemus, considerando, & explicando ante omnia utranque regulam.

Consideratur, & explicatur prima regula, quòd scilicet potest variare is, cui fuit concessa facultas nominandi usque ad mortem, vel tempore mortis.

§. I.

SUMMARIUM.

In hac prima regula tres casus distinguuntur. n. 44.

Emphyteuta, cui concessa est facultas nominandi, cùm morietur, seu tempore mortis, vel post mortem potest variare toties, quoties; præsertim, si ei concessa est potestas ad eligendum incertum de certis. n. 45.

Vtrùm habens facultatem nominandi, cùm morietur, variandi facultatem amittat, si in vita sua transferat rem Emphyteuticam in nominatum per donationem, aut alium contractum, transferendo in illum omne jus, quod in re habebat? Tres sunt sententiæ. Prima absolutè negat. n. 46. & seq. Vbi limitatur, nisi nominanti fuisset concessa facultas ad eligendum unum ex pluribus pauperibus incertis. Secunda absolutè affirmat. n. 48.

Tertia distinguit, & vult ut habens facultatem eligendi de certis, cùm morietur, non possit ullo modo nominare irrevocabiliter ante tempus mortis: secus autem si habeat potestatem eligendi de incertis. Et hanc probabiliorem judicat Author. n. 49. & seqq.

Arguitur efficaciter contra primam partem hujus tertiæ sententiæ. n. 50.

Et satisfit objectioni. n. 51.

Quando Emphyteuta, qui solùm poterat nominare revocabiliter, fecit, quantum in se erat, nominationem irrevocabilem per translationem juris, quod in re habebat, pertinet ususfructus, vel commoditas rei ad nominatum, quandiu nominans vixerit. n. 52.

Explicatur Ordinatio Lusitana, lib. 4. tit. 37. §. 1. ut, quod in eo §. statuitur, locum non habeat in Emphyteuta, cui solùm fuit concessa facultas nominandi de certis. n. 54.

Habens facultatem nominandi usque ad mortem nominat irrevocabiliter, si transferat in nominatum omne jus, quod in re habebat, sive ei fuerit concessa facultas nominandi de certis, sive de incertis. n. 55.

Si autem qui talem habet facultatem, nominet simpliciter per actum inter vivos, potest variare secundùm jus Lusitanum. Vtrùm idem dicendum sit secundùm jus commune? Negant aliqui: Author verò affirmat. n. 56.

Vtrùm is, cui concessa est facultas nominandi vel in vita, vel in morte, possit variare, si nominet in vita, seu per actum inter vivos? n. 57.

Igitur quod attinet ad primam regulam, tres casus circa illam distinguuntur. Primus est, quando Emphyteusis concessa est cum potestate nominandi tempore mortis, seu, quod idem est, cùm Emphyteuta morietur, vel post mortem. Secundus est, cùm Emphyteusis concessa est cum facultate nominandi usque ad mortem. Qui casus, ut ex ipsis terminis patet, diversus est à præcedenti, ut probat Caldas *de potestate eligendi, cap. 3. n. 21.* & Benedictus Ægydius *in l. 1. Cod. de sacros. Eccles. 2. p. in princip. sub num. 31.* quanvis illos confundat Anton. Gomes *in l. 40. Tauri, post numer. 50.* & Valascus *consult. 102. sub num. 25.* Tertius casus est, quando Emphyteusis concessa est cum potestate eligendi sub hac forma, ut possit eligere tam in vita, quàm in morte, seu tempore mortis. In quibus 44

bus casibus, vel potest esse sermo de potestate eligendi incertum de certis, ut unum ex filijs, aut ex familia Emphyteutæ; vel incertum de incertis, ut quemcunque Emphyteuta voluerit.

45 In primo igitur casu certum est, Emphyteutam, cui potestas nominandi illo modo concessa est, scilicet, cum morietur, variare posse toties quoties usque ad mortem, præsertim si potestas concessa est ad eligendum incertum de certis. Hæc resolutio constat non solum ex Ordinatione Lusitana, *dicto tit. 37. in principio*, sed etiam ex jure cõmuni, *l. unum ex familia, in principio, ff. de legatis*, 2. ibi; *quandiu potest mutari voluntas*, *& l. cum pater*, *§. à filia, ff. eodem*. Et ita docent Molina Jurista, *lib. 2. de primogenijs, cap. 4. num. 24.* Valascus *consult. 102. sub n. 25.* Benedictus Ægydius *supra*, Caldas *de potestate eligendi, cap. 3. num. 15. & 19.* alijsque in locis, & cæteri communiter. Ratio sumitur ex ipsa voluntate concedentis, qui eo ipso, quod concessit potestatem nominandi tempore mortis, voluit, ut quævis nominatio antea facta illam non consumeret, & ita quòd quælibet alia per ultimam revocari posset. Unde procedit hæc resolutio non solum quando prior nominatio facta esset in testamento, quod suapte natura revocabile est, sed etiam quando esset facta per actum inter vivos, ut optime advertit Molina, & Valascus *supra*; quia cùm voluntas concedentis ad tempus mortis sit directa, fit, ut quævis nominatio inefficax sit præter illam, quæ postremo, & ipso mortis tempore reperitur, ac per mortem confirmatur. Dixi autem, præsertim, quando potestas concessa est ad eligendum incertum de certis; tum quia textus *in dicta l. unum ex familia*, *& in dicto §. à filia*, in hac specie loquuntur: tum etiam, quia, ut omnes citati Doctores notant in hoc eventu, si electio esset efficax, & irrevocabilis, antequam per mortem confirmaretur, posset contra concedentis voluntatem præjudicari ijs, qui tempore mortis extitissent, in quorum favorem facultas illa nominandi pro tempore mortis concessa est, ut scilicet semper aliquis eorum nominari posset, quandiu nominans viveret.

Dubium verò circa prædictum casum est, utrùm Emphyteuta habens dictam potestatem nominandi, cum morietur, variandi facultatem amittat, si in vita sua transferat rem Emphyteuticam in nominatum per donationem, aut alium contractum, transferendo in illum omne jus, quod in re habebat, ita ut in hoc casu procedat limitatio, quam Ordinatio Lusitana *dicto tit. 37. §. 4.* primæ regulæ adhibuit. 46
Qua in re tres reperio sententias. Prima negat absolute, posse dictum Emphyteutam se privare facultate revocandi, quantumvis rem, & omne jus suum titulo aliquo statim transferat. Hanc tenet Benedictus Ægydius *loco supra citato sub n. 31. vers. quo fit, & num. 32. vers. in altero*, ubi agit, quando dicta potestas concessa fuit ad eligendũ incertum de certis, *& num. 33.* ubi idem docet, quando similis potestas fuit concessa ad eligendum de incertis. Ducitur, quia in utroque eventu, eo ipso, quod dominus solum concessit dictam potestatem eligendi pro tempore, quo elector moreretur, noluit integrum illi esse eligere efficaciter, & irrevocabiliter ante tale tempus, cùm hoc posset cedere in præjudicium eorum, qui eo tempore eligi potuissent, quibus concedens favere voluit: elector autem voluntatem concedentis frustrare non potest: cujus contrarium sequeretur, si ullo modo posset abdicare à se facultatem variandi ante mortem.

Neque in oppositum, inquit citatus Author, stat Ordinatio Lusitana *in dicto §. 1.* quia ibi solum loquitur 47

de Emphyteuta habente potestatem nominandi usque ad mortem, ibi, *Porem, se o que tinha poder de nomear atè a morte*; nos autem hic loquimur de habente potestatem nominandi, cùm moreretur, seu tempore mortis, qui est casus diversus. Vnde ex hac ipsa Ordinatione non levis sumitur conjectura pro hâc sententia, siquidem, cùm proxime statuisset, habentem facultatem nominandi usque ad mortem, vel tempore mortis, posse variare toties quoties, solum apposuit dictam limitationem pro eo, qui eam facultatem habebat usque ad mortem. Limitat autem hanc suam resolutionem Ægydius *supra num.* 33. ut non procedat, quando facultas esset concessa ad eligendum unum ex pluribus pauperibus incertis, quod tunc solum intenderit dominus, ut elector exerceret opus pietatis, quæ non magis respicit hos, quam illos pauperes, & ita non sit considerabile præjudicium eorum, qui eligi possent tempore, quo elector moreretur, cum dominus ad eos specialiter non respexerit, imo ejus voluntati, atque ipsi pietati magis consonum sit, ut talis virtutis exercitium non differatur. Quam limitationem agendo de hærede gravato restituere aliquid uni ex pluribus pauperibus incertis, quem elegerit, quando morietur, tenent multi alij, quos citat, & sequitur Valascus *d. consult.* 102. *n.* 27. quanvis alij oppositum sentiant.

48 Secunda sententia ex opposito affirmat, dictum Emphyteutam amovere à se facultatem variandi, si transferat in nominatum omne jus, quod in re Emphyteutica habebat, juxta terminos Ordinationis Lusitanæ *in d.* §. 1. sive haberet potestatem nominandi de certis, sive de incertis. Hanc videtur probare Caldas *de potest. eligendi, cap.* 4. *num.* 28. ubi loquendo indistinctè de Emphyteuta habente facultatem variandi juxta terminos dictæ Ordinationis *d. tit.* 37. *in princip.* ubi hæc facultas tribuitur ei, qui à domino habet potestatem nominandi usque ad mortem, vel tempore mortis, ait per hanc Ordinationem sublatam esse differentiam, & controversiam circa nominatum de certis, vel de incertis, & in utroque habere locum nominationé irrevocabilem, si nominans totũ suũ jus in eum transferat; quod hac in re totum negotium faciat ad tempus mortis relata nominandi facultas, & non nominandorum qualitas: & sic spreta qualitate nominandi de certis, vel incertis, locum in quolibet habere posse nominationem irrevocabilem, quam dicta Ordinatio *d.* §. 1. admittit, quando Emphyteuta omne suum jus in nominatum transfert. Addit tamen idem Caldas, quòd quando eligeretur irrevocabiliter incertus de certis, & is electori præmoreretur, tunc propter præjudicium eorum, qui tempore mortis ipsius electoris poterant eligi, poterit, & tenebitur elector nominare unum ex illis; & in hoc tantum observanda erit differentia inter electum de certis, & electum de incertis, quod iste nominatus irrevocabiliter propter juris translationem transmittat Emphyteusim ad suos heredes, juxta dispositionem *d.* §. 1. *in fine*; ille vero minime, quia repugnat concedentis voluntas, qui noluit quempiam alium posse nominari, quam unum de superstitibus tempore mortis electoris.

Tertia sententia, quam probabiliorem duco, distinguit inter habentem potestatem nominandi unum de certis, & de incertis; ac de habente potestaté nominandi de certis negat posse ullo modo nominare irrevocabiliter ante tépus mortis: secus vero de habéte potestatem nominandi de incertis. Hęc quoad priorem partem convenit cum prima sententia; & quoad secundam cum secunda: ac primam quidem partem probat speciatim Ægydius pro prima sententia allegatus; probat etiam relatis alijs Mol. Jurista 49

lib.

lib. 2. de primogenijs, cap. 4. num. 23. juncto n. 25. loquendo generaliter de habente facultatem eligendi tempore mortis, & sic comprehendendo etiam Emphyteutam, de quo hic loquimur, & illum sequitur Molina Theolog. *tom. 3. disp. 193. n. 1.* Et quoad utramque partem hanc sententiam tradit, & probat Valascus *consult. 102. n. 26. & 27.* quanvis subobscurius loquatur, & Caldas *de potest. eligendi, cap. 2. num. 22. cum seqq. & cap. 4. numer. 27.* alijsque in locis; quamvis oppositum quoad priorem partem videatur sentire loco pro secunda sententia allegato; at ibi non tam quid tenendum sit, quam quid dici, seu defendi possit juxta Ordinationem Lusitanam ostendere conatur, ut ipsum legenti constabit. Fundamentum prioris partis, quod scilicet habens potestatem eligendi de certis, cùm morietur, non possit in vita nominare irrevocabiliter; sumitur tum ex *dicto §. à filia*, ubi cùm hæres gravatus restituere fundum uni ex filijs suis, quem tempore mortis elegisset, fundum illum in vita sua uni filiorum donasset, & sic, quantum erat ex se, totum jus in eum transtulisset; dicitur non fecisse electionem, scilicet, irrevocabilem, ut ibi exponit Glossa, & scribentes communiter; tùm ex præjudicio, quod alijs contra voluntatem concedentis sequeretur, si electio unius ante mortem electoris confirmaretur, & irrevocabilis fieret.

50 Video dici posse in specie, de quâ loquimur, nullum jus tertij obstare, quominus electio possit fieri irrevocabiliter in vita Emphyteutæ, & sic cessare præjudicium tertij, seu illorum, qui eligi possent, quando Emphyteuta moreretur; nam concessio Emphyteusis pro uno ex certis, verbi gratia, ex filijs, quem pater nominaverit, est conditionalis, id est, pro uno eorum, si nominabitur, quam conditionem non tenetur pater ponere; neque ullus filiorum, qui nominatus non fuerit, acquirit jus ad talem Emphyteusim ex vi illius concessionis. Quo fundamento admisimus *disp. præcedenti, sect. 3. §. 2. n. 61.* cum Valasco *de jure Emphyt. quæst. 49. num. 12. post medium*, & Caldas *de extinctione, cap. 20. num. 39.* posse patrem præjudicare filijs in Emphyteusi acceptâ pro se, & uno ex filijs, quem nominaverit; si, nullo nominato, eam vendat, aut donet alicui extraneo. Quare necessariò fatendum videtur, etiam in casu, de quo hic loquimur, filios à patre non electos nullum habere jus, quod obstet, quominus pater in vita sua possit Emphyteusim in aliquem eorum; imo & in quemlibet extraneum irrevocabiliter alienare. Quod secus accidit in hærede gravato restituere, cum morietur, rem aliquam uni de certis, quem elegerit; ut *in d. §. à filia*; quia in ea specie omnes illi, ex quibus unus eligi præcipitur, acquirunt aliquod jus, ut saltem unus ex eis, qui tempore mortis ipsius hæredis extiterit, rem illam accipiat; unde neque in morte, neque in vita potest hæres eam rem in alium irrevocabiliter alienare, ut constat ex *l. unum ex familia, §. sed si uno, ff. de legatis, 2.* Et si nullo electo decedat, omnes rem illam petere possunt, & ad eos spectat, ut habetur *eâdem l. unum ex familia, §. rogato.* Quamobrem licet ejusmodi hæres propter præjudicium eorum, qui tempore mortis ejus superstites fuerint, non possit in vita irrevocabiliter nominare, non sequitur idem dicendum fore de Emphyteuta habente similem potestatem eligendi, cum morietur: neque textus *in d. §. à filia*, & similia jura, quæ in illo hærede militant, bene ad ejusmodi Emphyteutam applicantur.

Propter hunc discursum facile posset à nostra resolutione discedi: persistendum tamen in illa est, & ad objectionē positam dicendũ, licet illi tertij, ex quibus unus eligi potest, nō habeant jus ad Emphyteusim, & ideo ex consensu do- 51

mini possit Emphyteuta eam alienare in eorum præjudicium, ut citato loco *disp. præced.* admisimus, tamen secluso eo consensu domini, semper pro illis stat voluntas concedentis, qui propterea nominandi facultatem restrinxit ad tempus, quo Emphyteuta moreretur, ut semper ante tale tempus quilibet eorum nominari posset, cui voluntati non potest Emphyteuta contravenire; & sic neque Emphyteusim sine domini consensu irrevocabiliter alienare; neque aliquem ex illis in vita sua incommutabiliter nominare. Si autem talis Emphyteuta facultatem à domino impetret nominandi irrevocabiliter, & ea facultate uti velit, tunc fatemur, nominationem sic factam evadere irrevocabilem, cùm neque obstet aliquod jus tertij, neque voluntas domini.

52 Illud præterea addendum ex Molina Jurista *dicto cap.* 4. *n.* 31. Caldas *de potestate eligendi*, *cap.* 2. *n.* 30. Molina Theolog. *disp.* 592. *num.* 2. Ægydio *supra sub dict. num.* 31. *vers. erit tamen*, & alijs, quos referunt, si dictus Emphyteuta transferat rem in nominatum, faciendo, quantum est ex se nominationem irrevocabilem per translationem juris, quod in re habebat, & sibi non reservet usumfructum, pertinere usumfructum, vel cõmoditatem ad ipsum nominatum, quandiu Emphyteuta nominans vixerit, licet hic nominationem revocet; quia ex hoc non sequitur alijs præjudicium contra voluntatem concedentis, qui solum voluit illis favere quoad hoc, ut non posset talis Emphyteuta nominare irrevocabiliter ante mortem, sed tantum sequitur præjudicium ipsius Emphyteutæ, qui potest cedere jure suo, ut patet.

53 Alia pars nostræ sententiæ, quod scilicet Emphyteuta habens potestatem nominandi unum de incertis, quando morietur, possit nominare irrevocabiliter transferendo rem, & totum suum jus in nominatum, probatur facilè, quia in hoc eventu non censetur concedens adjecisse clausulam, *quando morietur*, in favorem aliorum; nam cùm essent omnino incerti, affectionem ad eos non habebat, sed tantum in favorem ipsius Emphyteutæ, ne ante mortem teneretur Emphyteusim demittere, aut aliquem irrevocabiliter ad eam nominare: unde cum quilibet suo speciali jure, & favore cedere possit, nihil obstat, quominus talis Emphyteuta possit in suum præjudicium nominare irrevocabiliter in vita sua, transferendo in nominatum totũ jus, quod in re Emphyteutica habebat. Quod bene confirmatur *ex l. post mortem*, *Cod. de fideicommissis*, ubi hæres gravatus restituere certæ personæ, quando ipse hæres morietur, facta semel restitutione ex contractu irrevocabili, non potest amplius eam revocare; non alia de causa, nisi quia dilatio restitutionis in tempus mortis solum fuit concessa in favorem ipsius hæredis, cui ipse potest renunciare, ex regula *l. eum, qui*, *ff. de annuis legatis*: ergo similiter in nostro casu, cum dilatio nominationis efficacis in tempus mortis fuerit concessa in favorem Emphyteutæ, consequens est, ut si velit, possit talem nominationẽ facere ante mortem, ita ut semel facta amplius ab eo revocari non possit.

Ex his patet responsio ad fundamentum primæ sententiæ, quatenus huic nostræ contradicit. Ad secundam non oportet respondere, quia fere omnia assumit libere; nec Ordinatio Lusitana illi favet; siquidem licet *titulo illo* 37. *in principio*, statuat, habentem potestatem nominandi usque ad mortem, vel tempore mortis posse nominationem revocare toties quoties; attamen quando §. 1. limitationem adhibet pro eo, qui nominavit transferẽdo jus, quod in re habebat, solum loquitur de eo, qui habebat potestatem nominandi usque ad mortẽ, 54

in

in quo casu non loquimur modo. Et præterea dicta Ordinatio solum videtur loqui de Emphyteuta habente facultatem nominandi de incertis, ut sentit idem Caldas *de potest. eligendi*, *cap. 2. n. 9. & 23.*

55 In secundo casu, quando scilicet concessa est potestas nominandi usque ad mortem, procedit aperte limitatio, quam Ordinatio Lusitana ponit *in dicto* §. 1. ut scilicet nominatio facta ab Emphyteuta talem facultatem habente evadat irrevocabilis, si Emphyteuta eam faciat transferendo in nominatum totum jus, quod in re Emphyteutica habebat; idque non solum quando illi erat concessa facultas nominandi de incertis, quod videtur citra controversiam, sed etiam quando solum poterat nominare unum de certis, ut probat Caldas *de potestate eligendi*, *cap. 3. num. 24. fine*, & Ægydius *loco supra citato*, *num. 32.* quia per illam clausulam, *usque ad mortem*, censetur data Emphyteutæ facultas nominandi quandocunque voluerit, & sic nominandi etiam in vita efficaciter, seu irrevocabiliter, si tali modo velit nominare. Tunc autem id velle, & efficere intelligitur, juxta citatam Ordinationem, quando totum jus transfert in nominatum.

56 Si autem solum jus commune spectetur, censent præcitati Doctores, quòd ubi tali Emphyteuta simpliciter nominaverit per actum inter vivos, non potest postea variare, quia non videtur differre ab illo, cui simpliciter concessa est facultas nominandi absque restrictione ad tempus mortis, qui non tantum secundum jus commune, sed etiam juxta Ordinationem Lusitanam *dicto tit. 37. § 2.* nominationem semel factam revocare non potest. Noluit autem, inquit Ægydius, dicta Ordinatio, ut in specie hujus secundi casus nominatio valeret irrevocabiliter, præterquam, si interveniret juris translatio propter maiorem favorem, quem voluit illi impertiri, cui tam ampla nominandi facultas usque ad tempus mortis concessa fuit. Credo autem longe aliam fuisse Ordinationis mentem; & spectato etiam jure cōmuni, quamlibet nominationem à tali Emphyteuta factam revocari posse, nisi Emphyteuta aliquo modo cedat jure variandi; quia dum ille non cedit, semper videtur retinere potestatem nominandi sibi à domino concessam usque ad tempus mortis.

57 In tertio tandem casu, quando scilicet concessum est Emphyteutæ, ut possit nominare tam in vita, quam in morte, valde contrarij sunt Doctores; licet enim conveniant, nominationem, quam talis Emphyteuta fecerit in testamento, seu ultima voluntate, posse ab eo revocari usque ad mortem, tamen si nominatio facta sit per actum inter vivos, diverso modo sentiunt. Valascus enim *dicta consult. 102. num. 32.* & Caldas *de potestate eligendi*, *cap. 4. num. 39. & 40.* credunt in hoc eventu concessam esse Emphyteutę facultatem nominandi, vel in vita, vel in morte, seu tempore mortis, prout ipse maluerit: & prout hanc, vel illam partem hujus alternativæ elegerit, judicandum esse, an revocabiliter, vel irrevocabiliter nominaverit: itaq; si eligat viam nominandi in morte, seu pro tempore mortis, ut per ultimam voluntatem, seu conferendo nominationem in tempus mortis, variare posse: secus autem, si eligat viam nominandi in vita, seu per actum inter vivos; eo quod electa hac parte, aliam partem alternativæ neglexerit, ac penitus consumpserit, ex regula *l. cum prætor*, *Cod. de procuratoribus*. Molina vero Jurista *lib. 2. de primogenijs*, *cap. 4. sub numero 34.* hunc casum æquiparat illi, quo concessa est facultas nominandi simpliciter, seu absque mentione mortis, de quo sequenti §. agendum est. Ægydius autem

tem loco citato, id est, *in l. 1. Cod. de sacrosanct. Eccles. par. 2. in princip. sub n. 32. vers. sed mihi*, ab utraque prædicta sententia recedit, creditque idem in hoc casu dicendum, quod in secundo casu supra explicato; & hęc ultima sententia mihi videtur verior; quia revera mens concedentis facultatem nominandi tam in vita, quam in morte, nō alia videtur esse, quam quòd Emphyteuta possit nominare usque ad mortē. Prima tamen sententia sua probabilitate non caret, & forte juxta illam in foro judicabitur.

Consideratur, & explicatur secunda regula, quòd scilicet non potest variare is, cui concessa est facultas nominandi absque mentione mortis.

§. II.

SUMMARIUM.

Quæ circa hanc regulam consideranda sint? n. 58.

Si dicta facultas nominandi fuit concessa per ultimam voluntatem, nominatio ex vi illius facta est irrevocabilis, si facta sit in contractu, seu actu inter vivos. num. 59.

Utrùm idem sit dicendum, si facta sit in testamento? ibidem.

Utrùm quando dicta nominandi facultas concessa est per contractum, nominatio ex vi illius facta sit revocabilis? Quidam affirmant. n. 60.

Alij negant. n. 61.

Hæc secunda sententia præfertur ab Authore: & solvitur fundamentum contraria. n. 62.

Si nominatus in casu hujus secundæ regulæ præmoriatur nominanti, antequam aliud jus acquisierit, potest nominans alium nominare. Et cui? ibidem.

58 DEinde quod attinet ad secundam regulam, quod scilicet Emphyteuta, cui absolute concessa est facultas nominandi absque mentione mortis, non potest variare postquā semel nominavit: plures in ea habentur considerationes: nam vel talis facultas concessa est per ultimam voluntatem; vel concessa est per contractum, ut in materia Emphyteutica regulariter contingit: & sive hoc, sive illo modo concessa sit, vel ipsa electio, seu nominatio facta est per actum inter vivos, vel facta est in testamento, seú ultima voluntate.

59 Si ergo dicta facultas nominandi concessa sit per ultimam voluntatem, conveniunt Doctores, nominationem semel ex vi talis facultatis factam evadere irrevocabilem, si fiat in cōtractu, seu actu inter vivos. Hanc esse cōmunem sententiā affirmant eam sequētes Molina Jurista *lib. 2. de primogen. cap. 4. n. 37.* Valasc. *consult. 102. n. 23.* Caldas *de nominat. q. 10. sub num. 83. & de potestat. eligendi, cap. 2. n. 7.* & Ægydius *in l. 1. Cod. de sacros. Eccles. 2. p. in princ. n. 30.* sumitur *ex l. apud Aufidium, ff. de optione legata, & ex l. servi electione, in princip. ff. de legat. 1.* ubi communiter scribentes. Et ratio est, quia ultima voluntas, per quam illa potestas concessa est, non manet in pendenti, *l. final. ff. de adimendis legatis*, statimque ex illa dominium per electionem acquiritur, *l. hujusmodi, §. Stichum, ff. de legatis, 1. & l. si is, cui. ff. de legatis, 2.* Dixi autem, si dicta nominatio fiat in contractu; quia si fiat in testamento, seu ultima voluntate, variari potest, quemadmodum ipsum testamentum, cujus naturam sequitur. Ita Molina Jurista *sup. sub num. 36.* Valascus *num. 23.* & alij, quibus adstipulatur Ordinatio Lusitana *d. tit. 37. §. 4.* quanvis spectato jure communi oppositum sentiat Ægydius *sup. n. 27.* cujus fundamentum est,

est, quia nominatio Emphyteutica secundum se sumpta est actus inter vivos, & velut quidam contractus: contractus autem facti in testamento (in eo enim fieri posse communis sententia affirmat) non manent revocabiles, quemadmodum testamentum, sed revocato ipso testamento valent, nec revocari possunt, si alias erant irrevocabiles, ut per Gamam *decis.* 339. *n.* 4. *&* *decis.* 381. *n.* 4. & Ægydium *supra. num.* 24. Illos consule.

60 Si autem dicta facultas nominandi concessa sit per contractum, controversia est, utrùm nominatio ex tali facultate facta maneat revocabilis, necne? Affirmant spectato jure communi Mol. Jurista *d. cap.* 4. *num.* 35. quanvis addat, semel tantum ab electore variari posse, Valascus *d. consul.* 102 *n.* 23. & plures alij, quos refert, asserentes, ejusmodi electorem millies posse variare. Fundamentum sumunt ex *l. eum qui certarum*, §. 1. *ff. de verborum oblig.* juncta *l. qui ex pluribus*, 106. *ff. eadem.* Neque in hoc casu militant rationes, ob quas variandi facultas denegatur, quando potestas nominandi concessa fuit per ultimam voluntatem; quia contractus potest esse in pendenti, neque ex illo statim dominium acquiritur, sed opus est traditione.

61 Oppositam nihilominus sententiam tenet Caldas *de nominat. q.* 10. *n. pen. & de potest. eligendi, cap.* 2. *n.* 8. *& cap.* 5. *n.* 5. Sed fundamentum, quo nititur, non videtur probabile; credit enim, quòd sive nominatio competat ex ultima voluntate, sive ex contractu, statim per illam acquiritur dominium nominato; & sic pari ratione in utroque casu impediri variationem. Quod fundamentum nulla ratione sustineri potest. Melius ergo eandem sententiam tuetur Flores de Mena *lib.* 3. *variarum, quæst.* 22. *n* 15. Et optimè omnium Benedictus Ægydius *d.* 2. *p. in princip. sub n.* 30. Primo, quia talis Emphyteuta, ubi semel nominavit, functus est officio suo, & sic non potest illo amplius fungi in nominati præjudicium; cui & si dominium rei quæsitum non sit, tamen aliquod jus comparavit, quo sine facto suo privari non potest juxta regulam *Id, quod nostrum, ff. de regulis juris.* Secundo, quia variatio est odiosa, & ideo cum facultas ad illam non sit expresse concessa, non debet in dubio admitti, sed potius tolli. *Clement. unic. de renunciat.* §. *semel autem, Inst. ex quibus causis manumittere non licet.* Tertio, quia sermo simpliciter prolatus intelligitur pro prima vice, *l. boves*, §. *hoc sermone, ff. de verborum signific.* Tandem quia Ordinatio Lusitana *dict. tit.* 37. *in fine*, expresse statuit, sive facultas nominandi competat ex ultima voluntate, sive ex contractu, si absque mentione mortis concessa est, non posse nominationé semel ex vi illius factam revocari, nisi facta sit in testamento: nec credendum est voluisse legislatorem à jure communi recedere, illudque corrigere.

Ex quibus fundamentis hæc secunda sententia mihi omnino placet, quanquam prima, utpote communis, negligenda non sit. Cujus tamen fundamentum ex jure petitum non convincit. Nam leges illæ procedunt in casu valde diverso, quando scilicet aliquis ex pluribus rebus promisit unam, vel alteram disiunctive. In quo eventu electio est promittentis, & quando eligit dare potius hanc, quam illam, solum declarat determinationem suæ voluntatis, per quam nullum jus dat promissario, cum nihil per eam voluntatem ei promittat, & sic integrum illi est voluntatem mutare, antequam rem tradat; neque ex hoc magnum præjudiciũ sequitur promissario, cum adhuc retineat jus ad alteram ex rebus promissis. At vero in nostro casu nominans certã personam ad Emphyteusim, ponit conditionem ex parte domini requisitam, ut talis persona jus acquirat ex ipsa concessione dominica ad Emphyteusim 62

sim obtinendam; & propterea cum nominatus jus acquirat, nequit eo privari per Emphyteutam; & sic nominatio facta revocari non potest, nisi nominatus, antequam jus aliud acquirat, premoriatur nominanti. In quo eventu jus ei quæsitum omnino extinguitur, nec ad hæredes transmittitur, ut constat ex Ordinatione Lusitana *dicto tit.* 37. §. 5. solum enim fuit jus quæsitum nominato, ut post nominantem ad Emphyteusim admitteretur, neque inter ejus bona patrimonialia, & hæreditaria tale jus computatur, cum ipsa etiam Emphyteusis hæreditaria non sit, sed tantum ex pacto & providentia.

SECTIO QUINTA.

Solvuntur nonnulla dubia circa præcedentem materiam.

Circa doctrinam præcedentis sectionis supersunt non pauca dubia, quæ prætermitti non possunt. Et hic à nobis sub distinctis titulis percurrenda sunt.

Vtrùm promissio non revocandi nominationem impediat, quominus variare possit, qui alias variandi habebat potestatem?

§. I.

SUMMARIUM.

Vtrùm promissio non revocandi nominationem impediat, quominus variare possit, qui alias variandi facultatem habebat? Respondetur affirmative. n. 63.

Vtrùm idem dicendum sit, spectato jure Lusitano? Negat Caldas. n. 64.

Author verò cum eodem Caldas alio in loco affirmat. n. 65.

Quando Emphyteutæ concessa est facultas nominandi revocabiliter unum de certis, non obstabit promissio, imo nec juramentum non revocandi nominationem, quominus variare possit. n. 66.

Iuramentum non revocandi in omni sententia tollit, quominus variari possit nominatio facta ab eo, qui habebat facultatem nominandi revocabiliter concessam in favorem solius nominantis. eodem numero 66. fine.

Quid si nominatio esset facta in testamento? n. 67.

Vtrùm si nominatus irrevocabiliter propter promissionem non revocandi præmoriatur nominanti, possit tunc nominans aliam personam eligere? n. 68.

Primum dubium est, utrùm promissio non revocandi nominationem impediat, quominus variare possit, qui alias variandi facultatem habeat? Respondetur affirmative, præterquam in casu, quo Emphyteuta solum poterat nominare unum de certis tempore mortis. Constat ex traditis à Caldas *de potestate eligendi, cap. 2. à n. 25. & cap. 4. n. 33.* ubi hanc sententiam firmat. Ratio est, quia potestas nominandi, & variandi toties quoties conceditur Emphyteutæ in ipsius favorem, excepto tantum casu, quo illi est concessa ad eligendum unum de certis, quando morietur, cui favori ipse potest renunciare, & sic efficaciter, atque irrevocabiliter nominare, quandocunque voluerit, ut constat ex dictis *sect. præced.* §. 1. ergo nihil obstat, quominus, secluso illo casu, possit valide, & efficaciter se obligare per promissionem ad non revocandũ: imo per ipsammet promissionem satis ostendit, se tunc irrevocabiliter nominare, favore illo penitus renunciato: unde non solum illicite, sed etiam invalide postea variabit. Quod optime confirmatur *ex l. ubi ita donatur, ff. de donat-* 63

donationibus causa mortis; ubi dicitur, donationem causa mortis, quæ suapte natura revocabilis est, fieri irrevocabilem, & transire in donationé inter vivos, si ei adjiciatur pactũ de non revocando; quod potiori ratione valet in nominatione, de qua hîc loquimur; in qua ex actibus, quibus actus non revocandi comprehenditur, ejus irrevocabilitas inducitur. Quo argumento probat Molina Jurista *lib. 4. de primogen. cap. 2. n. 40. & 45.* licet Hispani maioratus suapte natura sint revocabiles ab institutore, tamen ex promissione de non revocando effici irrevocabiles.

64 Docet autem Caldas *dicto cap. 2. n. 30.* oppositum dicendum esse juxta Ordinationem Lusitanam *lib. 4. tit. 37. §. 1.* ubi disponitur, quod tunc demum erit irrevocabilis nominatio facta per eum, qui habebat potestatem nominandi usque ad mortem, quando Emphyteuta rem transtulerit in nominatũ titulo dotis, vel aliquo alio, transferendo in eum totum jus, quod in re habebat. Si enim nec dotis, inquit Cald. nec alius similis titulus contractus onerosi, & irrevocabilis sufficit, ut dicta nominatio juxta hanc Ordinationem evadat irrevocabilis, nisi transferente Emphyteuta totum suum jus in nominatum, multò minus sufficiet promissio de non revocãdo; maxime cùm dicta Ordinatio postulet illam translationem juris tanquam conditionem ad hoc, ut nominatio fiat irrevocabilis, & sic videatur inducere formam quæ ad unguem observanda est.

65 Ego tamen non credo, dictam Ordinationem tantam restrictionem inducere, sed solum apponere casum, in quo dicta nominatio efficitur irrevocabilis, non negando, quòd talis etiam evadat in alijs casibus, in quibus secundum jus commune irrevocabilis efficeretur; cùm juris correctio sit valde odiosa, nec admittenda sit, ubi aperte de illa non constat. Neque valet argumentum à nominatione facta titulo dotis, vel alterius similis contractus ad nominationem factam cum promissione non revocandi. Nam (ut interim omittam quæstionem, an titulus dotis sufficiat ad inducendam firmitatem nominationis?) qui solum nominat ad Emphyteusim in dotem; non abdicat à se expresse facultatem variandi; vel certe non se expresse obligat ad non variandum; sed tantum facit nominationem eo modo, quo illa suapte natura fieri solet: unde cum illa ex sua natura revocabilis sit, non fit irrevocabilis propter solum titulum dotis. At vero qui promittit non revocare; expresse se obligat ad non revocandum: unde aperte ex tali promissione comprehenditur animus nominandi irrevocabiliter; quod sufficit, ut nominatio, de qua loquimur, irrevocabilis sit, ut ex probatione nostræ sententiæ cõvincitur, & ipsemet Caldas nimium in suis opinionibus variare solitus, tandem fatetur *in tract. de potestate eligendi, c. 4. n. 36.* etiam spectata prædicta Ordinatione Lusitana.

Dixi, præterquam in casu, quo Emphyteuta solum poterat nominare unum de certis, cum moreretur; quia in hoc casu obstat præjudicium tertij, vel certe voluntas domini, qui potestatem efficaciter nominandi restrinxit ad tempus mortis in favorem illorum certorum, ut nullus eorum ante mortem nominantis omnino maneret exclusus, & privatus spe obtinendi Emphyteusim, si forte Emphyteuta eum tandẽ nominare vellet: contra quam domini voluntatem nulla Emphyteutæ promissio, aut nominatio, etiam cum translatione juris Emphyteutici, prævalere potest, ut constat ex dictis *sect. præced. §. 1.* Quod adeo verum est, ut neque juramentũ non revocandi variationem in hoc casu impedire possit, ut bene tradit Caldas *de potest. eligendi cap. 2. n. 35. & seqq.* Quod secus in omni sententia dicendum erit, quando facultas variandi solum in favorẽ Emphy- 66

phyteutę concessa esset; quod tunc nihil obstet, quominus per juramentum non revocandi, vel non contraveniendi nominatio confirmetur.

67 Adverte, quæ hactenus tradidimus, procedere de promissione non revocandi nominationé factam per actum inter vivos. Nam si nominatio facta sit in testamento, quam *sect. præced*, §. 2. *num.* 9. diximus semper esse revocabilem, saltem secundum jus Lusitanum, *lib.* 4. *Ordin. tit.* 37. §. 4. quanvis ei accedat promissio non revocandi, id non tollit, quominus & valide, & licite revocari possit; quia promissio non revocandi testamentum, cujus naturam illa nominatio sequitur, est ipso jure nulla, & sic non potest revocationem impedire. Si tamen interveniat juramentum non revocandi, erit tale juramentum validum (licet eam promissionem, & nominationem non confirmet) nisi nominatio esset facta ex potestate nominandi unum de certis; in quo eventu ipsum etiam juramentum erit nullum, ut diximus.

68 Quæres, utrùm si nominatus irrevocabiliter propter prædictam promissionem non revocandi præmoriatur nominanti, possit tunc nominans aliam personam eligere? Affirmative respondendum videtur juxta Ordinationem Lusitanam *lib.* 4. *tit.* 37. §. 5. ubi habetur, quod quando aliquis fuit nominatus per eum, qui solum habebat simplicem nominandi facultatem, & sic irrevocabiliter, si talis nominatus præmoriatur nominanti, potest is aliam personam nominare. At oppositum tenendum est, scilicet non posse Emphyteutam nominare aliam personam, sed deventuram eam Emphyteusim ad successores primo nominati. Quod probo ex eadem Ordinatione Lusitana *in citato* §. 5. ubi prædictam decisionem limitat, ut solum procedat, quando Emphyteuta præter jus nominationis, nullum aliud jus in primò nominatum transtulit; in præsenti autem casu per promissionem non variandi censetur nominans transtulisse aliud jus in nominatum, totum scilicet jus Emphyteuticum, esto, sibi reservaverit possessionem, & usumfructum rei Emphyteuticæ, nec expresse dixerit, se transferre totum jus, quod in re habebat, ut admittit Caldas *de potest. eligendi*, *cap.* 4. *n.* 33. Et sic licet nominatus præmoriatur ipsi nominanti, jam is non potest aliam personam nominare, cum translato jure Emphyteutico in primo nominatum, desierit esse Emphyteuta, nec aliud jus recuperaverit per mortem primo nominati. Atque ita in specie docet Caldas *d. tract de potest. eligendi*, *cap.* 9. *num.* 9. & 10. Unde pertinebit tunc temporis Emphyteusis ad filios, vel hæredes dicti primo nominati, ut idem Caldas probat eodem *cap.* 9. *post num.* 17. & sumitur ex Ordinatione Lusitana *dicto tit.* 37. §. 1. quatenus ibi dicitur, quod nominatus irrevocabiliter propter translationem totius juris in ipsum, potest de Emphyteusi disponere, seu eam in alium transferre eo modo, quo cæteris Emphyteutis id permittitur.

Vtrùm nominatio, quæ revocari poterat, fiat irrevocabilis, accedente rei traditione?

§. II.

SVMMARIVM.

Nominatio, quæ revocari poterat, non fit irrevocabilis accedente rei traditione. n. 69.

Vtrùm hæc resolutio procedat, quando res traditur ex intervallo absque commemoratione præcedentis nominationis? Respondetur cum distinctione. num. 70. *& seq.*

Si traditio rei Emphyteuticæ fiat à nominante ex animo abdicandi à se facultatem vari-

variandi, reddetur nominatio irrevocabilis: & unde dignosci possit traditionem fuisse eo animo factam? n. 72.

Hoc vero procedit, nisi obstet præjudicium tertij, in cujus gratiam fuit concessa Emphyteutæ facultas nominandi revocabiliter. ibidem.

69 SEcundum dubium est, utrùm nominatio, quę revocari poterat, fiat irrevocabilis accedente rei traditione? Respondet negative Caldas *de potestate eligendi, cap. 4. n. 22. & seqq.* & Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 22. n. 9. & §. 23. n. 13.* Probatur primo à simili de notatione causa mortis, quæ non obstante traditione revocari potest, *l. non omnis, ff. si certum petatur*, juncta Glossa, ibi, *verbo, decessisse*, cum alijs adductis à Covar. *in rubrica de testamentis, 2. p. in fine.* Secundo ratione quasi à priori, quia traditio, cùm pertineat ad executionem, regulari debet à causa, seu titulo præcedente, nec potest illius naturam mutare, ex regula *Clement. 1. in fine de prabend.* ergo cum titulus præcedens, nempe nominatio, sit revocabilis, non potest induci ejus irrevocabilitas per sequentem traditionem.

70 Hæc resolutio sine difficultate procedit, quando Emphyteuta statim rem tradidit nominato, vel licet tradiderit ex intervallo, id fecit cum commemoratione præcedentis nominationis, ut bene advertit Caldas *supra n. 23.* Tunc enim satis apparet fieri traditionem in executionem præcedentis nominationis revocabilis. Quando traditio fieret ex intervallo absque commemoratione nominationis præcedentis, non levis est difficultas, propter ea, quæ à Doctoribus traduntur in simili quæstione, an traditio rei legatæ in vita testatoris irrevocabilitatem inducat? Qua in re communis sententia est, per talem traditionem sine legati commemoratione censeri testatorem recedere à priori voluntate revocabili, & induci quandam donationem inter vivos irrevocabilem, ut videre est apud Molinam Juristam *lib. 4. de primogenijs, cap. 2. n. 19.* Valasc. *consult. 61. n. 12.* & Cald. *d. cap. 4. n. 16. & 17.* Unde idem in nostro casu dicendum videtur, quando nominatio ex eo tantum revocari poterat, quia facta fuerat in testamento, seu ultima voluntate: & ita in hac specie sentit Cald. *n. 20. & 23.* & quidem merito; quia tunc per eam traditionem absque commemoratione precedentis nominationis censetur Emphyteuta denuo nominare inter vivos, & sic irrevocabiliter.

Quando autem nominatio revocabilis erat ex concessione domini, 71 qui facultatem concesserat nominandi usque ad mortem, vel tempore mortis, non reddi irrevocabilem per ullam traditionem simpliciter factam, docet idem Caldas *n. 24.* ex Ordinatione Lusitana *lib. 4. tit. 37. §. 1.* quatenus solum statuit, nominationem factam ab habente potestatem nominandi usque ad mortem, irrevocabilem evadere, si fiat cum translatione totius juris Emphyteutici in nominatum. At jam supra diximus nobis non videri per hanc legem excludi alios casus, in quibus secundum jus commune talis nominatio irrevocabilis evaderet. Quare melius spectato etiam jure communi, defendi potest hæc sententia ex alia ratione, quam idem Caldas tangit; quia videlicet traditio subsecuta semper intelligeretur fieri secundum formam concessionis dominicæ dantis potestatem variandi, nisi aliud ex circunstantijs deprehendatur. Cæterum Valascus *supra n. 13.* contrarium absolute statuit, dicens nominationem, quæ competit ex facultate nominandi usque ad mortem, habere se instar legati, & sic esse revocabilem à nominante usque ad vitæ exitum, nisi ultra nominationem dicat, quòd transfert omne jus, quod in re habebat, vel nisi processum sit ad traditionem ipsius rei.

Prior

Prior tamen sententia videtur receptior; quia per solam traditionem non videtur Emphyteuta abdicare à se facultatem variandi.

72 Addo tamen ex multis deprehendi posse traditionem fieri ex animo abdicandi facultatem variandi, & sic per eam reddi nominationem irrevocabilem, quando alias non obstat præjudicium tertij, cui eam facultaté concedens favere voluit: talia erunt, si Emphyteuta adjiciat hæc verba, quod traditio fit ad maiorem firmitatem nominationis, vel ad hoc, ut revocari non possit, aut similia, prout in simili bene docet Molina Jurista *d. cap. 2. n. 30.* Item si nominationi adjiciatur traditio ex causa suapte natura irrevocabili; ut dotis, vel donationis; ut etiam in simili admittit Cald. *dicto cap. 4. n. 19.* satis enim tunc ostendit Emphyteuta, se recedere à forma concessionis dominicæ, quatenus sibi favebat; & solum ea uti in suum præjudicium, quatenus sibi faciebat potestatem nominandi efficaciter, & irrevocabiliter, quandocunque voluisset. Quin etiam addo in hoc secundo casu dari revera translationem dominij, seu juris Emphyteutici in nominatum: nam titulus dotis, vel donationis simul cum traditione hoc præstat; & sic etiam in terminis Ordinationis Lusitanæ *dicto §. 1.* nominatio evadit irrevocabilis; quod plane supponit Gama cum Senatu Lusitano *decis. 382.* Dixi, *nisi obstet præjudicium tertij, & cæt.* quia, ut sæpius docuimus, quando Emphyteuta solum habet facultatem nominandi unum de certis, cùm morietur, nequit ullo modo abdicare à se facultatem variandi, ne illis certis præjudicium sequatur contra domini voluntatem.

Utrùm revocata nominatione, cui traditio rei accessit, restituenda sit res cum fructibus ex ea perceptis?

§. III.

SUMMARIUM.

Ratio dubitandi pro parte affirmativa. num. 73.

Pars tamen negativa tenenda est. num. 74.

Licet Emphyteuta possit revocare nominationem, cui rei traditio accessit, tamen si rem absolute tradidit, neque res, neque ejus fructus possunt repeti, quandiu nominans vixerit. eod. n. 74.

Cur revocata donatione causa mortis, vel legato, cui traditio rei donatæ, vel legatæ accessit, debeant restitui res, & fructus ex illa percepti? n. 75.

Tertium dubium est, utrùm revocata nominatione, cui traditio rei accessit, restituenda sit res cum fructibus ex ea perceptis? Ratio dubitandi pro parte affirmativa est, quia revocata donatione causa mortis facta, restituitur res cum fructibus, *l. cum quis, ff. de condictione causa data, causa non sequuta*, ibi. *Cùm convaluisset donator condicit, fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod accrevit rei donatæ, repetere potest.* concordat *l. videamus, 38. ff. de usuris*, ibi, *fructus quoque repetere debet, idemque si mortis causa fundus sit donatus.* Ea nimirum ratione, quia per talem donationem non est acquisitus donatario titulus perfectus, quandiu per mortem donantis non confirmatur. Quæ ratio pari modo procedere videtur in nostro casu. Et idem argumentum sumitur ex comparatione legati, quod testator in vita sua revocabiliter tradit; nam repeti 73

peti posse rem legatam cum fructibus, communis sententia docet, ut videri potest apud Caldas *de potestate eligendi, cap. 4. n. 8*. Atque pro hac parte stat Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 22. fine, argum. l. Imperator, ff. de in diem addictione*, ubi revocata venditione, ex pacto addictionis in diem, restituitur res cum fructibus.

74 Nihilominus contrarium in proposito casu tenendum est ex doctrina Glossæ *in l. cum pater, §. à filia, ff. de legatis, 2. verbo, non esse*, ubi in casu, quo gravatus eligere unum è certis, cum moreretur, electionem in vita factam revocat, dicit hæc Glossa, non posse repetere commodum medij temporis, quod electus percepit: quam doctrinam sequuntur alij Doctores ibidem, & Molina Jurista *l. b. 2. de primogenijs, cap. 4. num. 31.* cum alijs, quos refert. Ex quibus idem in nostro casu resoluit Gonçalus Valascus *in l. unum ex familia, in principio, ff. de legatis, 2.* & Caldas *dicto cap. 4. sub num. 20. & 21. in fine*. Ducor in hanc sententiam, quia nominatio revocabilis confertur in tempus post mortem nominantis, & illud tantum respicit: unde quod res antea fuerit tradita nominato, & is fructus ejus usque ad mortem nominantis perceperit, non est propriè effectus nominationis, sed donationis, & liberalitatis ipsius Emphyteutæ, qui pro tempore vitæ suæ potest omne commodum Emphyteusis cedere cui voluerit: quod autem quis capit ex donatione, & liberalitate alterius potentis rem donare, non repetitur, sed manet firmum, & irrevocabile apud ipsum donatarium: ergo licet Emphyteuta possit nominationem revocare, attamen si rem absolute tradidit, neque ipsa res, neque fructus ejus repeti possunt, quandiu nominans vixerit, sed tantum post ejus mortem transibit res ad ultimo nominatum, & illam, retentis fructibus perceptis, prior nominatus restituet.

Neque oppositum probant exempla adducta donationis causa mortis, & legati: nam per donationem causa mortis tam res, quam fructus ejus ex eadem causa censentur donati, & sic revocabiliter. Et similiter se res habet, quando legatum ab ipso testatore adhuc vivente traditur; nam tunc assumit naturam donationis causa mortis, ut bene observavit Baldus *in l. 1. column. final. in principio, ff. si quis omissa causa testamenti*, quem sequitur Jason *in l. eam, quam num. 20. ante septimum casum, Cod. de fideicommissis*. Argumentum vero, quo Fragos. movetur ex *dicta l. Imperator*, minus vere probat. Nam rescissa venditione ex illo pacto addictionis, perinde se habet res, ac si à principio non fuisset vendita, & ita non emptori, sed venditori fructificasse intelligitur; cum ibi non censeatur venditor ullam liberalitatem exercere voluisse; siquidem qui vendit, nihil gratis dare intendit. In nostro autem casu intervenit liberalis donatio commoditatis, & fructuum, ut explicatum est. 75

Utrùm nominatio evadat irrevocabilis, si fiat titulo dotis?

§. IV.

SUMMARIUM.

Quando nominationi titulo dotis facta accedit rei traditio, evadit nominatio irrevocabilis; nisi id cedat in prajudicium tertij, in cujus favorem dominus facultatem nominandi efficaciter ad tempus mortis restrinxit. n. 76.

Quando vero tali nominationi non accessit traditio; prima sententia negat, eam nominationem evadere irrevocabilem. eod. n. 76.

Opposita sententia judicatur verior, & suadetur, num. 77. & seq.

Sustinetur hæc sententia etiam spectato jure Lusitano, n. 79.

Intelligi autem debet, nisi nominatio facta esset ab habente potestatem nominandi tempore mortis unum de certis. eodem num. 79.

76 QUartum dubium est, utrùm nominatio evadat irrevocabilis, si fiat titulo dotis? Non procedit quæstio, quando præter titulum dotis, accessit etiam rei traditio; quia ut jam *supra*, §. 2. *num.* 72. cum Gama, & Senatu Lusitano advertimus, in eo eventu transfertur res, & totum jus Emphyteuticum in personam nominatam, quod, juxta Ordinationem Lusitanam *lib.* 4. *tit.* 37. §. 1. & etiam secundum jus commune, irrevocabilitatem nominationis inducit, si modò id non cedat in præjudicium tertij, in cujus favorem dominus facultatem nominandi efficaciter ad tempus mortis restrinxisset, ut ibidem, & sæpe alias explicuimus. Sed tantum procedit quæstio, quando traditio non intervenit, ut cum quis constituendo dotem filiæ solùm dixit, quod in dotem eam nominabat ad Emphyteusim, quam habebat cum potestate nominandi usque ad mortem. Qua in re duplex est sententia. Prima negat, reddi talem nominationem irrevocabilem. Hanc tenent spectato jure Lusitano, Valascus *consult.* 102. *num.* 36. & 37. Senatus Lusitanus apud Gamam *decis.* 382. & apud Emmanuelem Barbosa *in remissionibus ad Ordinationem Lusitanam in dicto tit.* 37. §. 1. *num.* 2. ubi testatur pro hac parte judicatum esse in Senatu Portugalensi, anno 1588. & Caldas *de potestate eligendi*, *cap.* 4. *num.* 35. ubi addit hoc procedere etiam si traditio accedat; sed hoc jam à nobis exclusum est. Fundantur hi Authores in Ordinatione Lusitana *dicto titulo* 37. quatenus statuit, tunc manere firmam nominationem factam ab eo, qui habebat potestatem nominandi usque ad mortem, quando titulo dotis, vel alio simili rem transtulit in nominatum, transferendo in eum totum jus Emphyteuticum. Unde à contrario sensu concludunt solam nominationem ad titulum dotis absque translatione rei, & totius juris, non inducere irrevocabilitatem.

Contrariam tamen sententiam tuetur Flores de Mena *variarum quæstionum lib.* 3. *quæst.* 22. *num.* 20. & *seqq.* 77 Emmanuel Barbosa *loco proxime citato*, ubi refert, bis pro hac parte se vidisse judicatum in Senatu Portugalensi, anno 1587. Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit, de locato, num.* 147. & plures alij, quos refert. Et hæc sententia mihi videtur verior, etiam spectato jure Lusitano. Ducor, quia quoties Emphyteuta, qui habet potestatem nominandi usque ad mortem, nominat cum animo abdicandi à se facultatem variandi, talis nominatio evadit firma, & irrevocabilis, etiam spectata citata Ordinatione Lusitana, ut constat ex supra dictis, §. 1. & 2. & admittit Caldas *dicto cap.* 4. *num.* 36. Cum enim illa potestas nominandi, & variandi usque ad mortem, concessa sit tali Emphyteutæ in ejus favorem, potest illi renunciare, & sic efficaciter, atque irrevocabiliter nominare quandocunque voluerit, ut per se constat, & sæpe in superioribus notavimus. Quando autem nominat titulo dotis, manifeste deprehenditur animus faciendi nominationem firmam, & sic abdicandi à se facultatem variandi, cum titulus dotis ex se sit irrevocabilis, *l. si ego, vers. si res, ff. de jure dotium*: ergo talis nominatio evadit firma, & irrevocabilis.

Confirmatur, quia in nominatione facta titulo dotis includitur pro- 78 missio relinquendi Emphyteusim penes nominatum, & sic non revocandi

candi nominationem factam, ut per se patet: per promissionem autem non revocandi efficitur nominatio irrevocabilis, ut *supra* §. 1. probatum est. Quod maxime verum est in promissione dotis, quæ adeo privilegiata est, ut contractus alias revocabilis maneat irrevocabilis, si fiat per viam dotis, ut notavit Jason, & Decius apud Valascum *dicta consultat.* 102. *numer.* 11. qui ait propter hoc argumentum placuisse hanc sententiam quatuor Senatoribus utriusque Senatus, Civitatis scilicet, & Supplicationis, in quo utroque pro hac parte judicatum est; licet in instantia revisionis contrarium fuerit obtentum, forte; quia in causa, de qua agebatur, non satis constabat factam fuisse nominationem ex causa dotis, ut tradit idem Valascus *num.* 36.

79 Neque Ordinatio Lusitana, qua contrarij nituntur, nobis negotium facessit; quia, ut jam supra notavimus in illo §. 1. ponendo casum, in quo nominatio manet irrevocabilis, non excludit alios, in quibus idem de jure dicendum sit. Intelligi autem debet hæc secunda sententia, nisi nominatio facta esset, ab habente potestatem nominandi unum de certis, cum moreretur, seu tempore mortis suæ; quia, ut sæpius diximus, hic nullo modo potest abdicare à se potestatem variandi, cum id cedat in præjudicium eorum, qui tempore mortis nominantis eligi poterant, in quorum favorem dominus restrinxit facultatem nominandi efficaciter ad tempus mortis.

(?)

Utrùm per reservationem ususfructus evadat irrevocabilis nominatio simpliciter facta?

§. V.

Quintum dubium est, utrùm per reservationem ususfructus maneat irrevocabilis nominatio simpliciter facta? Respondet negative, attento jure Lusitano Valascus *consult.* 102. *fine*; quia licet per reservationem ususfructus transferatur possessio, perinde ac si res traderetur, *l. quisquis*, *Cod. de donat.* attamen non transfertur totum jus, quod Emphyteuta in re habebat; quæ juris translatio, inquit Valascus, necessaria est, ut nominatio fiat irrevocabilis, juxta Ordinationem Lusitanam *d.* §. 1. Et hanc sententiam dicit veriorem Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 13. *num.* 14. *fine.* Melius autem respondet Caldas *de potestate eligendi cap.* 4. *num.* 32. distinguendo inter reservationem ususfructus simpliciter factam, & reservationem factam cum clausula taxativa, *tantum*, ut quando Emphyteuta diceret, quod tantummodo sibi reservat usumfructum. In quo secundo casu docet evadere nominationem irrevocabilem juxta ipsam Ordinationem *in d.* §. 1. quia reservando solum usumfructum, aperte significat Emphyteuta, se transferre in nominatum reliqua omnia jura, quæ in re habebat; atque adeo & ipsum jus Emphyteuticum, seu dominium utile, quod satis est, ut nominatio juxta ipsam Ordinationem irrevocabilis fiat. Et ita etiam sentit Gab. Pereir. *decis.* 9. *num.* 3. Neque enim ad hoc in illa Ordinatione tanquam forma postulatur, ut nominans expressis verbis dicat, quod transfert totum jus, quod in re Emphyteutica habebat, ut aliqui videntur existimasse; 80

sed satis est, quod re ipsa jus illud transferat, ut bene advertit Caldas citatus. Si autem Emphyteuta reservet simpliciter usumfructum absque dicta clausula taxativa, tunc admittit citatus Doctor manere nominationem revocabilem: & quidem merito; quia talis reservatio solùm inducit traditionem, quæ per se sola non sufficit ad inducendam irrevocabilitatem nominationis, ut constat ex dictis *supra* §. 2. Adverte autem, quando concedimus manere nominationem irrevocabilem ob reservationem ususfructus cum dicta clausula taxativa, intelligi hoc debere, nisi nominans solùm haberet potestatem nominandi de certis, quando moreretur, ob rationem in fine præcedentis dubij, & sæpe aliàs inculcatam.

Quando nominatio, quæ revocabilis erat, censeatur revocari?

§. VI.

SUMMARIUM.

Nominatio revocabilis evanescit ipso facto per aliam sequentem nominationem. n. 81.

Vtrum evanescat per sequentem nominationem invalidam? ibid. remissive.

Revocatur etiam dicta nominatio per supervenientes inimicitias graves inter nominantem, & nominatum, præsertim, si tales inimicitiæ, seu earum causa ignota fuerunt nominanti. n. 82.

Quid si fuerint ei notæ? n. 83.

Et quid, si nominans eis causam dedit? n. 84.

Nominatio revocabilis evanescit per alienationem rei Emphyteuticæ postea factam à nominante. n. 85.

Vtrum oporteat, ut ea alienatio facta sit voluntarie, vel sufficiat etiam, quod facta sit ex necessitate? ibidem.

Quid si alienatio fuit nulla? n. 86. cum seqq.

Etiam per actum nullum, & invalidum voluntas declaratur; talisque actus voluntatem agentis probat. n. 86. & 89.

Confessio in processu nullo probat. num. 89.

Vtrum per nativitatem filiorum revocetur nominatio antea facta, sive alias revocabilis, sive irrevocabilis esset? n. 90. & seqq.

Sententia tamen negativa præfertur. n. 91.

Quoad nominationem autem revocabilem, est hæc sententia intelligenda, nisi filius nascatur inscio nominanti, vel nisi facta esset in testamento. n. 92.

Vtrum donatio inter virum, & uxorem, & donatio causa mortis revocetur per supervenientem nativitatem filiorum? d. num. 91. & 92.

Sextum dubium est, quando nominatio, quæ revocabilis erat, censeatur revocari? Quæstio hæc procedit de revocatione tacita; nam quando fuerit expressa, solum potest esse dubium de illius valore in quibusdam casibus, de quibus infra. Ad quæstionem igitur dico primo. Nominatio revocabilis evanescit ipso facto per aliam sequentem nominationem. Hæc resolutio apud omnes constat, & habetur expresse Ordinatione Lusitana *lib. 4. tit. 37. in principio*. Solum potest verti in dubium, an prior nominatio evanescat per sequentem invalidam, & nullam? Sed quid in hoc tenendum sit, dicemus infra §. 10. *n.* 106. 81

Dico secundò, nominationem revocari ipso jure, si graves inimicitiæ inter Emphyteutam, & nominatum superveniant. Sic Caldas *de potestate eligendi, cap. 3. num.* 29. argumento *l.* 3. §. *finali, cum l. sequenti, ff. de adimendis legatis*, ubi habetur, legata revocari ipso jure absque alia declaratione per supervenientes inimicitias inter 82

lega-

legatarium, & testatorem. Quod maxime procedit, quando inimicitiæ, seu earum causæ ignotæ fuerunt ipsi testatori, qui tamen, si illas sciret, legatum revocasset, quo fit, ut licet non nisi defuncto jam testatore detegantur, legatum censeatur revocatum, ut per Glossam, & omnes *in l. fidei commissum, Cod. de fidei commissis.* Vnde idem in nominatione Emphyteutica dicendum videtur.

83 Quando autem inimicitiæ notæ essent Emphyteutæ, & is nominationem factam potuit expresse revocare, dubium est, an revocata censeatur? Nam in simili quæstione de inimicitijs inter legatarium, & testatorem, negativa pars est valde probabilis, ut videre est apud Molinam Juristam *lib. 1. de primogen. cap. 9. n. 39.* quia verisimile est, quod tunc noluit testator, ut legatum evanesceret; alioqui illud expresse revocaret. Nihilominus idem Molina *num. 41.* sentit, quod illa scientia non obstante, legatum censetur revocatum, ex textu *in l. filio, §. scientia, ff. de adimendis legatis.* Quare idem videtur dicendum in nominatione, de qua loquimur. Mihi tamen prior sententia magis placet.

84 Illud etiam in dubium vertitur, an revocetur nominatio per inimicitias, quibus ipse Emphyteuta causam dedit? Negat Caldas *supra numer. 30. & 31.* nixus authoritate Bartholi, & aliorum, quos ibidem refert, tenentes non revocari legatum per inimicitias, quibus testator causam præbuit. Sed hanc Bartholi sententiam tanquam singularem rejicit cum alijs Molina Jurista *supra sub numero 38.* Et quidem optima ratione, quia voluntatis mutatio æque præsumitur, sive ex culpa testatoris, sive legatarij inimicitiæ ortum habuerint. Unde huic sententiæ tanquam veriori accedo, & juxta illam idem in casu nominationis Emphyteuticæ dicendum puto.

Dico tertiò, nominationem revocabilem evanescere per alienationem rei Emphyteuticæ postea factam à nominante. Sic Cald. *sup. n. 37.* Probatur à simili de legato, quod per alienationem rei legatæ revocatur *l. rem legatam, ff. de adimend. legat.* Et ratio est in promptu, quia per talem alienationem receditur à priori voluntate nominandi, vel legandi. Nota vero, ut legatum censeatur revocatum per alienationē, oportere, ut alienatio sit facta ex causa voluntaria, ut cum res donatur, aut alias nulla urgente necessitate distrahitur: alioqui sustinetur legatum, ut sumitur ex *d. l. rem legatam,* & constat satis *ex l. fidei commissa, § si rem, ff. de legat. 3.* ibi, *si rem suam testator alicui legaverit, eamque urgente necessitate alienaverit, Macianus putat, fideicommissum peti posse, &c.* Et ratio est, quia alienatio ex necessitate non censetur facta ex voluntate, & sic per eam non intelligitur mutata voluntas testatoris, nisi contrarium probetur: unde in casu talis alienationis sustinetur legatum quoad æstimationem, manente re legata penes eum, in quem per testatorem fuit alienata. In casu autem, quo Emphyteuta rem ex necessitate alienavit, non ita facile constat, an nominatio prius facta similiter sustineri debeat? Qua in re probabilius, imo certum videtur, in hoc etiam eventu penitus evanescere nominationem, ita ut nec æstimatio solvenda sit nominato; quod facile intelligi potest ex ijs, quæ tradit Cald. *de potestate eligendi, cap. 12. à n. 8.* Illum consule. 85

Sed quid, si alienatio fuit nulla? In simili quæstione circa legata, communis resolutio est, etiam per alienationem inutilem, & invalidam rei legatæ, censeri revocatum legatum. Ita docent quam plurimi, quos citant, & sequuntur Mantica *lib. 12. de conject. ultim. volunt. tit. 6. num. 2.* & Menoch. *de præsumpt. libr. 4. præsumpt. 167. num. 11.* Idque ea ratione, quia etiam ex actu nullo, & invalido voluntas 86

declaratur, *l. ult. ff. de rebus eorum.* Et idem censet Covar. *in rubr. de testam.3. p. n.19. vers. nec refert*, etiam si possessio rei translata non sit.

87 Nihilominus Peralta *in l. qui testamento, ff. de leg.* 2. & Cald. *de potestat. eligendi, cap.* 3. *à num.* 39. pro resolutione propositæ quæstionis, quam Cald. disputat in propria specie nominationis revocabilis, distinguunt inter alienationem prorsus nullam, & alienationem, quæ ita est nulla, ut possit convalescere, vel suum effectum habere, ut v.g. donatio inter virum, & uxorem, quæ ita est nulla, ut per mortem donãtis confirmetur, si antea non revocetur: & quidem, si alienatio sit nulla primo modo, resolvunt non revocari per eam legatum, & nominationem prius factam: secus autem, si sit nulla posteriori modo. Fundamentum prioris partis sumunt ex *l. ultima*, §. *ultimo, ff. de auro, & argento legato*, ubi per legatum speciei prorsus invalidum non derogatur legato generis valido, cui alias derogaretur per validum; ut si tibi valide legassem omnia mea vasa argentea, & postea nulliter alteri legassem partem eorum, per hoc secundum legatum non minuitur primum, & ex *l. legata inutiliter, in fine, ff. de adimendis legatis*, ubi si Petro legavi servitutem itineris per fundum meum, vel libertatem servo meo, & postea ademi partem talium legatorum, legando solũ partem itineris, vel libertatis, per hoc secundum legatum, quod jure est nullum, non adimitur prius legatum. Et ex similibus legibus, quas congerit Peralta *in dicta l. qui testamento à num.* 13. & in hanc sententiam explicat *à num.* 23. Addunt etiam rationem, quia nihil, & inutile in jure æquiparantur: nec præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum, regula *non præstat, de regul. juris, in 6.*

88 Aliam partem probant *ex l. legatum sub conditione*, §. *ult. ff. de adimendis legatis*, ubi cum pater legasset filio quosdam hortos cum servis ibi existentibus, & postea donasset unum ex illis servis uxori suæ, per talem donationem revocatur legatum quoad illum servum; ea scilicet ratione, quod licet donatio uxori facta non sit valida, tamen non est prorsus nulla, cum per mortem donantis confirmetur, si antea revocata non sit. Et similiter ex alijs legibus, quas adducit Peralta *supra à num.* 7. qui *num.* 23. bene advertit, hanc partem procedere, licet dicta alienatio, quæ prorsus invalida non erat, postea non confirmetur, nec effectum habeat, ut quando maritus donationem uxori factam revocavit: sufficit enim, quod à principio fuisset tacite, aut expresse confirmabilis; quia semper, vel ut plurimum, origo dispositionis attendi debet, *l. clam possidere, in principio, ff. de acquirenda possessione, & l. nam origo, ff. quod vi, aut clam, & l. qui id quod, in principio*, ibi, *Causam enim, & originem, ff. de donation.*

Hæc secunda pars mihi videtur vera: manifeste namque deprehenditur recedere à prima voluntate revocabili, qui facit actum contrarium aliquo modo validum, seu qui confirmari, & effectum habere potest. Prior autem pars mihi valde displicet; quia in primis non procedit ratio pro ea assignata, quod nihil, & inutile æquiparantur; & quod non præstat impedimentum, &c. Nam ejusmodi proloquia solum probant, quod actus nullus nihil per se, & ex vi sua operatur: per accidẽs autem, & veluti à signo multa ex ejusmodi actibus sequi, & præsumi possunt, maxime quæ ex sola disponentis volũtate pendent, ut late prosequitur Valascus *consult.* 61. *n.* 15. *&* 16. hac enim ratione ex testamento irrito voluntas testatoris probatur. Et confessio in processu nullo probat, quia veritatem declarat. Sic ergo in præsenti, licet alienatio sit prorsus irrita, tamen declarat mutatam esse nominantis, vel legantis voluntatem circa dispositionem 89

prius

prius factam; & ita sufficienter convincit, illam esse revocatam, cùm tam nominatio, quàm legatum per quamlibet contrariam nominantis, vel legantis voluntatem, etiam tacitam, vel præsumptam revocetur, & evanescat, ut apud omnes videtur in confesso. Deinde ex *l. plane ubi*, 34. *ff. de legatis*, 1. & *l. & si transferam*, 20. *ff. de adimendis legatis*, constat per translationem legati in personam inhabilem revocari prius legatum validum. Unde negari non potest, quòd per actum contrariũ prorsus invalidum revocatur actus pręcedens revocabilis. Nec leges pro prædicta prima parte allegatæ contrarium probant: procedunt namque in casibus, in quibus satis apertè deprehenditur, ita demum à priori actu recedi, si posterior valiturus sit. Qua ratione *in l. si jure*, 18. *ff. de legatis*, 3. dicitur, quod per testamentum nullum non revocantur relicta in priore testamento valido. Ex his ergo in nostro casu absolute dicendum est, quod etiam per alienationem prorsus nullam tacite revocatur præcedens nominatio, nisi ex circunstantijs appareat, mentem alienantis esse non recedere à nominatione facta, nisi in quantum alienatio valorem habitura sit.

Dico quarto, probabile esse no-
90 minationem revocabilem evanescere per nativitatem filiorum, quos nominans postea suscepit, ita ut in hac etiam specie locum habeat dispositio, *l. si unquam*, *Cod. de revocandis donat.* ubi disponitur per nativitatem filiorum revocari donationem antea factam. Hanc sententiam tenet Caldas *de potestate eligendi*, *cap.* 4. *num.* 2. Et probat primò; quia per inimicitias supervenientes inter nominantem, & nominatum revocatur ejusmodi nominatio, ut supra resolvimus, ea ratione, quia positis inimicitijs, earumve caussis, intelligitur mutata nominantis voluntas, quod satis est ad tacitam nominationis revocationem: non minori autem ratione intelligitur mutata illius voluntas, quando novam suscipit prolem, cui magis velle debet Emphyteusim, quam extraneo prius nominato. Secundo, quia si filiorum susceptio sufficit ad revocandam donationem alias firmam, & irrevocabilem, ex dispositione *dictæ legis*, *si unquam*, multo magis sufficere debet ad revocationem dictæ nominationis, quæ revocabilis est. Imo videtur etiam sufficere ad revocandam nominationem, quæ alias irrevocabilis esset, cùm eadem videatur esse ratio de ejusmodi nominatione, atque de donatione irrevocabili, in qua dicta lex procedit. Et ita sentit Valascus *consult.* 61. *n.* 9.

Nihilominus dicendum potius vi- 91
detur, neque nominationem alias irrevocabilem, neque revocabilem per filiorum nativitatem evanescere. Quæ videtur esse sententia Pinelli *in rubrica de bonis maternis*, 1. *part. num.* 23. ubi resoluit dispositionem *dictæ legis si unquam*, non extendi ad bona Emphyteutica, quando magis à domino, quam ab ipso Emphyteuta, qui filios postea suscepit, profecta sunt, ut contingit, quando quis per viam nominationis ad Emphyteusim admittitur. Expresse vero quoad nominationem alias irrevocabilem tenet hanc sententiam Caldas *supra n.* 3. Et probatur facile, quia ex dispositione *dictæ legis*, *si unquam*, solum revocatur liberalis largitio facta ab eo, qui filios postea suscepit: per nominationem autem ad Emphyteusim nihil nominans elargitur, cum de suo nihil præstet, sed tantum ponit conditionem necessariam, ut alter jus ad Emphyteusim acquirat ex concessione, qua dominus sub tali conditione illi Emphyteusim concessit.

Deinde quod idem dicendum sit, quoad nominationem revocabilem, inde mihi sufficienter probatur, quia licet fateamur, quod etiam per tacitã, imo & præsumptam nominantis voluntatem contrariam, ejusmodi nomi-

natio revocatur, ut bene probat exemplum inimicitiarum, tamen hæc contraria voluntas non datur, nec præsumitur in eo, qui post susceptos filios dictam nominationem à se antea factam usque ad mortem expresse non revocavit, sed potius præsumitur in priori voluntate permansisse. Quo argumento *sup. n.* 83. probabilius judicavimus non revocari nominationem, & legata per inimicitias, seu earum causas, quando disponens illas non ignorabat. Confirmatur ex Tiraquelo *in dicta l. si unquam, verbo, libertis, num.* 115. Vbi inde videtur probare donationem inter ter virum, & uxorem non revocari per nativitatem filiorum, quod ejusmodi donatio alias sit revocabilis, atque eo ipso, quod donans eam non revocavit susceptis liberis, censeatur etiam à principio habuisse animum donandi, quanvis filios suscepisset, vel de illis cogitasset, Qua ratione *infra verbo, donatione largitus, n.* 257. idem similiter docet de donatione causa mortis.

92 Intellige vero hanc nostram resolutionem, nisi facta nominatione filius nasceretur inscio nominanti, ut quia uxor esset absens, nec putaret, se eam prægnantem reliquisse, ut in simili de donatione inter virum, & uxorem advertit Tiraquelus *supra dicto num.* 115. in hoc enim casu cessat ratio supra tradita nostræ sententiæ, & procedit bene fundamentum, quo Caldas priorem sententiam tuetur. Intellige etiam, nisi nominatio facta esset in testamento. Nam cum hoc per nativitatem filiorum omnino rumpatur, ita ut neque quoad legata, & fidei commissum valeat, ut expresse habetur, *lib.* 4. *Ordinat. Lusitan. tit.* 82. §. *vlt.* & secundum jus commune docent Bartholus, Anton. Gomes, Julius Clarus, & alij, quos citat, & sequitur Molina Theologus *tomo* 1. *disp.* 175. *num.* 11. consequens est, ut etiam nominatio in tali testamento contenta maneat revocata. Et ita in specie sentit Molina citatus post Gamam *decis.* 173. *n.* 10. & 11. Quod ex sequenti dubio amplius constabit.

Vtrùm revocato, vel rupto, aut annullato testamento, evanescat nominatio Emphyteutica in eo facta?

§. VII.

SUMMARIUM.

Revocato testamento per ipsum testatorem, evanescit nominatio Emphyteutica in eo facta, saltem secundum jus Lusitanum. Et idem regulariter est, quando alia ratione testamentum annullatur. num. 93.

Etiam in testamento possunt fieri contractus irrevocabiles, qui revocato testamento, non infirmantur. ibidem.

Nominatio Emphyteutica, quæ alias esset irrevocabilis, si fiat in testamento per modum contractus inter vivos, non infirmatur, licet testamentum revocetur, dummodo constet testatorem intendisse nominare irrevocabiliter. eod. n. 93.

Vtrùm nominatio facta in testamento evanescat, quando testamentum annullatur ex causa præteritionis, vel exhæredationis? Respondetur negative secundum jus commune. num. 94.

Quid secundum jus Lusitanum? num. 95. *& seqq.*

Septimum dubium est, utrùm revocato, vel rupto, aut annullato testamento, revocetur, & evanescat nominatio Emphyteutica in eo facta? Hac in re certum est, saltem spectato jure Lusitano, quod revocato testamento per ipsum testatorem, evanescit prorsus nominatio in eo facta. Ita habetur *lib.* 4. *Ord. Lusit. tit.* 37. §. 4. Quod etiam secundum jus commune videtur procedere. Nam qui absolute 93

lute revocat suum testamentum, omnia in eo contenta censetur revocare, si revocabilia sunt. Quod ultimum addo, quia, ut advertimus *sect. praeced.* §. 2. *num.* 59. & praeter ibi citatos tradit Caldas *de potest. eligendi*, *cap.* 8. *num.* 2. & 3. etiam in testamento possunt fieri contractus irrevocabiles, qui, revocato ipso testamento, minime infirmantur. Quo fit, ut etiam nominatio Emphyteutica, quae aliàs esset irrevocabilis, talis etiam evadat, si fiat in testamento per modum contractus inter vivos, ut fatetur idem Caldas *d. n.* 3. Qui tamen bene advertit, quando non constat testatorem intendisse facere talem actum irrevocabiliter, praesumédum esse disposuisse revocabiliter, & ita intelligi debere Ordinationem Lusitanam *dicto* §. 4. Quod confirmat authoritate Bartholi, & aliorum resolventium, contractum in testamento celebratum esse revocabilem; quorum traditio intelligenda est, nisi constet partes voluisse irrevocabiliter contrahere. Certum praeterea est juxta eandem Ordinationem *dicto* §. 4. quod alias etiam annullato testamento, manet eo ipso revocata nominatio in eo facta, regulariter loquendo; nam ita in dicta Ordinatione disponitur, & idem plane secundum jus commune dicendum videtur; siquidem annullato testamento omnia revocabilia in eo contenta revocari, & annullari censentur. Et ita docuit Caldas *de nominat. q.* 10. *num.* 29. quoties testamentum infirmatur, sive ob defectum solemnitatis, sive ob incapacitatem instituti, nullam prorsus esse nominationem in eo factam. Et August. Barbosa *in collect. ad cap. potuit, de locato*, *n.* 149. absolute relatis pluribus tradit, nominationem factam in testamento corruere, illo revocato, vel annullato.

94 Controversia vero non levis est, utrùm hoc procedat, quando testamentum ex causa praeteritionis, vel exhaeredationis annullatur? Procedit autem haec difficultas spectato jure Lusitano *in dicto* §. 4. Nam secundum jus commune citra dubium videtur non revocari nominationem in tali testamento factam. Et si enim jure antiquo, annullato testamento ex causa praeteritionis, vel exhaeredationis, omnia in eo contenta corruerent, etiam libertates, *l. filio praeterito*, *ff. de injusto rupto, & irrito testamento*, ibi, *neque libertates competunt, neque legata praestantur*; attamen jure novo Authenticorum omnia in tali testamento contenta, praeter solam institutionem haeredis, conservantur, ut patet ex Authentico, *ut cum de appellatione cognoscitur*, §. *sive igitur*, & *Authent. ex causa*, *Cod. de liberis praeteritis*, ibi, *ex causa exhaeredationis, vel praeteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutiones, caetera namque firma permanent.* Unde consequenter, ac citra dubium tenendum est etiam nominationem Emphyteuticam in tali testamento factã, sartam, tectamque permanere. Quare tota difficultas est spectato jure Lusitano *in dicto* §. 4. ubi statuitur revocari nominationem Emphyteuticam, etiam alias irrevocabilem, si facta sit in testamento, quod aliqua ratione fuerit habitum pro nullo, ibi, *ou for por direito, por qual quer modo, havido por nenhum.*

In hac igitur difficultate Molina Theologus *d. disp.* 175. *n.* 10. partem negativam mordicus tuetur. Et probat primo; quia testamentum, in quo filius injuste exhaeredatur, aut praeteritur, non est simpliciter nullum, sed tantum quoad institutionem haeredis; unde *in d. Authent. ut cum de appellat.* §. *sive igitur*, quoad caetera, in tali testamento relicta, sic habetur: *tanquam in hoc non rescissum obtinet testamentum.* Ordinatio autem Lusitana *in illo* §. 4. tantummodo loquitur de testamento absolute, & simpliciter nullo. Secundo; quia eadem Ordinatio *lib.* 4. *tit.* 82. §. 1. loquendo de testamento, in 95

quo filius præteritur, aut sine legitima causa exhæredatur, concordat cum d. Authent. & ad illud se refert, dicendo, tale testamentum esse nullum, secundum jus commune, quoad hæredis institutionem; quoad legata vero tertiam testatoris non excedentia, habendum esse, ac si jure esset validum. Vnde nulla in re à jure communi intelligitur recedere. Tertio denique; quia quælibet dispositio ita est interpretanda, ut quantum fieri possit non offendat jus commune, cujus correctio est valde odiosa, & vitanda: Ordinatio autem Lusitana *dicto*. §. 4. optime potest intelligi, ut jus commune hac in parte non offendat, ut satis ex dictis constat. Accedit præterea alia ratio, qua aliqui apud Gamam, & Valascum infra citandos pro hac sententia pugnarunt. Nam illa Ordinatio *in d.* §. 4. ait quod annullato testamento potest testator iterum nominare: unde solum in favorem testatoris videtur infirmare nominationem in eo testamento factam, ut nimirum possit eam revocare, cum alias esset irrevocabilis, si inter vivos fieret, & aliam facere, si velit. Quare, si nolit, & in eadem voluntate permaneat, non est, cur nominatio non persistat, cum ejus valor à sola nominantis voluntate dependeat, quæ voluntas etiam per testamentum postea ruptum, & annullatum declaratur, & probatur, *l. final. ff. de rebus eorum, qui sub tutela*. Hæc sententia est satis probabilis, eamque probare videtur Cald. *de potest. eligendi, cap.* 8. *n.* 7. & tenent, relatis alijs, Aug. Barbos. *in collect. ad cap. potuit, de locato, num.* 149. Ejus pater Emman. Barbos. *in remiss. ad Ordin. reg. lib.* 4. *tit.* 82. §. 1. *n.* 15. Phæb. 1. *p. decis.* 30. *n.* 16. *& seq.* Thom. Valasc. *tom.* 1. *allegat.* 61. *n.* 17. *& seqq.* Roder. Lop. à Veiga *in scholijs privatis ad l. fœmina, ff. de reg. jur. & ad l. inter cætera, n.* 32. *ff. de liber. & posthum.* ac novissimè Fragos. *tom.* 3. *disp.* 9. §. 23. *n.* 10.

Nihilominus contrariam sententiam tenuit Valascus *consult.* 61. *num.* 6. *& seqq.* ubi tandem juxta eam judicatum fuisse affirmat, & consentit Gama *decis.* 273. *num.* 11. Fundantur in amplitudine verborum, quibus Ordinatio Lusitana *d.* §. 4. statuit, nullam reddi nominationem factam in testamento, quod postea habetur pro nullo: sic enim habent: *Se depois revogar o dito testamento, ou for pordireito, de qualquer modo, havido por nenhum, ficarà a nomeação isso mesmo revogada.* Quæ verba sunt amplissima, & comprehendunt omnem modum nullitatis, sive ex defectu solemnitatum, sive ex causa exhæredationis, aut præteritionis. Nam verbum, *qualitercumque*, amplissimum est, *l. cum duobus*, §. *final. ff. pro socio*, sicut & verbum, *quomodolibet*, juxta Glossam *in Clementina, gravis, verbo, quomodolibet, de sententia excommunicationis*. Quare cum testamentum ruptum ex causa exhæredationis, vel præteritionis simpliciter sit nullum, siquidem institutio in eo facta, quæ caput, & substantia testamenti est, penitus corruit, consequens est, comprehendi in dispositione illius §. 4. & sic nominationem in tali testamento factam penitus evanescere. Hæc sententia, cum in praxi sit recepta, à nobis tenenda est. 96

Ad primum ergo, & secundum fundamentum prioris sententiæ, respondeo, licet tam jure communi, quàm Lusitano testamentum, in quo filius præteritur, aut sine causa exhæredatur, quoad legata sustineatur, attamen utroque jure reddi simpliciter nullum ob defectum validæ institutionis, quæ est caput testamenti; id, quod satis innuitur eisdem juribus, quatenus in eis dicitur, haberi quoad legata tanquam non rescissum, seu ac si esset jure validum; ubi adverbium, *tanquam*, & *ac si* satis significat, non esse vere, ac re ipsa validum, sed simpliciter nullum: in quibus terminis procedit manife- 97

ste

ste Ordinatio Lusitana *d.* §. 4. habens pro nulla nominationem factam in testamento habito quomodolibet pro nullo. Et hinc respondetur facile ad tertium, dispositionem hujus Ordinationis adeo aperte revocare nominationem factam in quolibet testamento habito pro nullo, ut etiam cum asterius juris correctione intelligi debeat comprehendere nominationem factam in testamento, de quo hic loquimur, cum re vera sit nullum. Ad ultimum denique respondetur ex Valasco *d. consult. 61. in fine;* quidquid sit, an Ordinatio Lusitana *in d.* §. 4. illam nominationem irritet in favorem testatoris; & quod etiam ex testamento irrito voluntas testatoris probari possit, hanc probationem non admitti generaliter, sed tantum in casibus, in quibus jus talem voluntatem approbat, & super ea aliquid statuit; ut in illa *l. final. ff. de reb. eorum, & similibus.* In nostro autem casu jus Lusitanum eam non approbat, cum absolute statuat, ut nominatio in illo testamento facta prorsus maneat irrita, spreta voluntate testatoris in eo declarata.

Vtrùm corruat nominatio facta in testamento, si hæres in eo institutus hæreditatem non adeat?

§. VIII.

SVMMARIVM.

Pars affirmativa videtur tenenda, si institutus, ob cujus abstentionem testamentum corruit, sit hæres non suus, n. 98.

Si autem sit hæres suus, firma manebit nominatio, nisi per viam fideicommissi alieni relinqueretur ex causa non pia gravando hæredem, ut eam restitueret, n. 99.

Quæ directò relinquuntur in testamento, ita ut non oporteat ea petere ab hærede, ut sæpe relinquuntur libertates; non pereunt, quando testamentum corruit, eo quod hæres suus ab hæreditate se abstinuit. d. num. 98.

Octavum dubium est, utrùm corruat nominatio facta in testamento legitime condito, si hæres in eo institutus hæreditatem nō adeat? Respondendum videtur affirmative ex regula *l. si nemo, 9. ff. de testamentaria tutela*, ibi, *Si nemo hæreditatem adierit, nihil valet ex ijs, quæ in testamento scripta sunt*, & *l. si nemo, ff. de reg. juris*, ibi, *Si nemo subijt hæreditatem, omne jus testamenti solvitur.* Et ita ut certum supponere videtur Cald. *de potestate eligendi, cap. 8. n. 7. & 8.* ubi solum vertit in dubium, an si filius, qui hæres suus est, se abstineat ab hæreditate patris, nolendo eam adire, corruat nominatio facta in testamento, in quo ille scriptus est hæres? In quo casu ratio dubitandi pro parte negativa est, quia in hærede suo confirmatur, & valet testamentum ante aditam hæreditatem, cujus dominium statim ejusmodi hæres comparat, ubi testator moritur: & licet *in l. 1. §. final. ff. ut in possessione legatorum*, habeatur, quod per abstentionem talis hæredis corruunt omnia relicta in testamento; hoc intelligitur de ijs, quibus ille gravatur, & ab eo petenda sunt; non autem de ijs, quæ tendunt ad illius commodum, & favorem, ut tenent communiter Doctores per *l. si filius, 12. ff. de vulgari*, ubi Bartholus *n. 6.* Angel. *n. 2.* & cæteri scribentes *ibid.* neque de ijs, quæ directò legantur, nec ab illo sunt petenda, ut in casu *l. sciendum, 33. ff. de manumissis testamento*, ubi suo hærede existente, libertates legatæ confirmantur, quanvis ille ab hæreditate se abstineat, quia sunt directo legatæ, nec ab hærede petendæ, §. *penult. Inst. de singulis rebus.* Quod secus juxta eundem Cald. *n. 10.* dicendum esset, si testator non legaret libertatem directò, sed per 98

per viam fideicommissi, gravando scilicet hæredem, ut servum manumitteret. Nam quod aliqui in contrarium affirmant per textum *in l. cum quasi 30. vers. sed quis, ff. de fideicommissarijs libertatibus*, solum procedit, quando ipse testator gravatus erat servum manumittere, seu fideicommissam libertatem præstare: de hoc enim tantum casu ille textus loquitur, ut ibi notavit Glossa, *verbo, qui fideicommissam*; quod non debet trahi ad casum, in quo testator non erat gravatus libertatem præstare, sed libere suum hæredem gravavit, ut servum manumitteret.

99 Ex quibus ad rem præsentem satis cohærenter resolvit Cald. *sup. num. 8, & seqq.* vigere, ac firmam esse nominationem factam simpliciter in testamento, in quo quis suum hæredem scripsit, licet is ab hæreditate se abstineat: secus autem, quando in tali testamento Emphyteusim per viam fideicommissi alicui relinqueret, gravando hæredem, ut eam illi restitueret; eo quod per abstentionem omnia fideicommissa particularia corruant. Limitat autem hoc ultimum, nisi Emphyteusis juberetur restitui alicui puellæ maritandæ, vel pauperi, eo quod tunc habeat rationem legati pii, quod sola suitate hæredis confirmatur, juxta probabiliorem sententiam, etiam si ille abstineat. Quæ omnia mihi videntur satis probabilia.

Utrùm possit revocari nominatio facta in testamento, manente firmo ipso testamento?

§. IX.

SUMMARIUM.

Prima sententia negat, quando nominatio erat alias irrevocabilis. n. 100.

Opposita sententia præfertur, quæ tamen procedit, nisi nominatio alias irrevocabilis facta esset præsente nominato, & acceptante, instar contractus. n. 101.

Legatum firmo manente testamento revocari potest. ibidem.

NOnum dubium est, utrùm possit revocari nominatio facta in testamento, manente firmo ipso testamento? Negat loquendo de nominatione, quæ alias esset irrevocabilis, si fieret inter vivos, Benedictus Ægydius *in l. 1. Cod. de sacrosanct. Ecclesijs, 2. p. in principio, n. 28.* Probat; quia ejusmodi nominatio, spectato tantum jure communi, est prorsus irrevocabilis, etiam si fiat in testamento: est enim ex se actus inter vivos, & tanquam quidam contractus: contractus autem factus in testamento, perinde manet irrevocabilis, atque antea erat: quare solum ex dispositione juris Lusitani, *lib. 4. Ordin. tit. 37. §. 4.* evadit talis nominatio revocabilis, quando fit in testamento: atqui Ordinatio eo loco solum dicit; ut revocato, vel alias nullo reddito testaméto revocetur, & evanescat nominatio in eo facta: ergo firmo manente testamento non potest revocari: nam cum jus Lusitanum loco citato sit correctorium juris communis, non debet extendi ultra casum expressum. 100

Nihilominus oppositum merito docent Emmanuel à Costa *in l. si ex cautione, fallentia 12. n. 4. Cod. de non numerata pecunia*, considerans dictam Ordinationem Lusit. Caldas *de potest. eligendi, cap. 8. n. 46. & cap. 5. num. 4.* & Gama *decis. 58. n. 4.* Ratio est; quia nominatio facta in testamento habet se instar legati, quod firmo manente testamento revocari potest, non solum in codicillis, sed etiam nuda voluntate testatoris, *l. si quis ita legaverit, §. ultimo, ff. de adimendis legatis.* Unde non obstat fundamentum contrariæ sententiæ. Nam sive ex jure communi, sive tantum ex dicta Ordinatione Lusi- 101

Lusitana nominatio facta in testamento revocabilis sit, instar legati se habet, neque aliter facta esse intelligitur, quam ut revocari possit, quemadmodum relicta in ipso testamento. Quod si facta esset præsente nominato, & acceptante, instar contractus, tunc addit bene Caldas *dicto cap. 8, num. 4.* censeri facta simpliciter inter vivos, & evadere prorsus irrevocabilem, nec evanescere revocato ipso testamento. Quod citatus Doctor non semel in praxi se respondisse affirmat ex Bartholo, & alijs, quos refert.

Vtrum nominatio factæ in testamento legitime condito revocetur per sequens testamentum invalidum?

§. X.

SVMMARIVM.

Nominatio facta in testamento valido non infirmatur per sequens testamentum nullum, in quo non fuit expresse revocata à testatore, sed solum tacite, & indirecte, quatenus alium nominavit, vel prius nominatum præterijt. n. 102.

Non procedit prædicta resolutio, quando sequens testamentum fuit solemne, & solum ea ratione invalidum, quia caruit effectu, ut quia institutus erat persona inhabilis, aut noluit adire hæreditatem. n. 103.

Neque quando sequens testamentum solum fuit nullum in ratione testamenti, validum tamen in ratione codicilli. n. 104.

Vtrum nominatio facta in testamento valido infirmetur, si in sequenti testamento nullo expresse, ac directe à testatore revocetur? n. 105.

Prior nominatio revocabilis tollitur per sequentem nominationem, etiam invalidam. Et utrum id procedat, licet non fuerit expresse revocata prior nominatio? n. 106.

Decimum dubium est, utrum nominatio facta in testamento legitime condito, revocetur per sequens testamentum invalidum? In hoc dubio duo principales casus distinguuntur. Primus est, quando in primo testamento valido me nominasti, & postea in secundo testamento nullo nominasti alium, aut me præterijsti, non tamen expresse, ac directo revocasti nominationem prius factam. In hoc eventu resoluit Cald. *de potest. elig. cap. 3. n. 46. & 50.* post Peraltam *in l. si qui testamento, sub n. 26. conclus. 4. ff. de legat. 2.* firmam manere nominationem in primo testamento factam. Quæ sententia mihi plane probatur ex *l. si jure, ff. de legat. 3.* ubi relicta in testamento solemni, non intelliguntur tacite revocata per aliud testamentum nullum, seu non jure factum. Idque ea ratione, quia licet legata, & fideicommissa nuda voluntate infirmentur, & hæc voluntas videatur sufficienter probari per secundum testamentum nullum, tamē non censetur testator velle recedere à priori testamento, nisi sub conditione, si secundum valiturum sit. Quare cum secundum non valeat, primum quoad omnia in eo contenta sustinetur. Quæ ratio probat, sustineri etiam debere nominationem in primo testamento factam. 102

Limitat autem Peralta hanc resolutionem primo, ut non procedat, quando secundum testamentum fuit solemne, & solum ea ratione invalidum, quia caruit effectu, ut quia fuit factum in favorem personæ inhabilis, aut quia institutus hæreditatem adire noluit. Tunc enim si in tali testamento transferatur in aliam personam legatum, quod mihi erat relictum in priori testamento, admittit bene hic Author, eam translationem mihi nocere, licet illi alteri personæ non prosit, & probat optime ex textu expresso in *l. si transferam, ff. de adimendis legatis,* 103

potest

potestque reddi ratio, quia cùm illud secundum testamentum sit solemne, probat planè absolutam voluntatem testatoris volentis mihi legatum adimere. Et hanc limitationem intelligo, non solùm quando in tali testamento expresse, ac directò fuit revocatum legatum mihi in priori relictum, in quo eventu illam etiam admittit Caldas *supra num.* 91. sed etiam quando solùm fuit revocatum indirectè, & per consequentiam, quatenus scilicet alteri fuit relictum, ut idem Peralta intelligit: nam id etiam convincit textus *in d. l. si transferam*, quidquid solita ubertate contradicat Cald. Ex quibus idem pari modò dicendum est in nominatione Emphyteutica facta in testamento, cum hæc legato æquiparetur.

104 Limitat secundò, ut non procedat, quando secundum testamentum solùm fuit nullum, seu non solemne in ratione testamenti; at fuit validum, vel solemne in ratione codicilli; quia videlicet habuit omnes conditiones ad codicillum requisitas: tunc enim sive directò, sive indirectò, & per consequentiam in tali testamento revocasti, quod mihi in priori testamento relinquebas, tenet talis revocatio, quia per codicillum possunt revocari quælibet particularia relicta in testamento contenta; cùm hæc nuda etiam voluntate, imo tantum præsumpta, infirmentur; *l. 3. cum sequenti; ff. de adimendis legatis.*

105 Secundus casus est, quando in secundo testamento simpliciter nullo, & non solemni, expressè, ac directò revocatur nominatio in priore testamento valido facta. In hoc etiam casu affirmat Caldas *d. cap.* 3. *num.* 49. *& seq.* firmam manere nominationem in primo testamento factam. Probat ex *d. l. si jure, ff. de legatis* 3. quatenus ibi dicitur, relicta in testamento valido non intelligi revocata per sequens testamentum nullum; quod videtur intelligendum, sive in tali testamento nullo legata illa directe revocentur, sive solùm tacitè, & indirectè. Oppositum nihilominus merito docet Peralta *in dicta l. qui testamento, column. ultima, in principio.* Probatur, quia cùm voluntas revocandi sit expressa, & apertè de illa constet ex ipso testamento, quamvis nullo, satis esse debet ad revocationem particularis relicti in primo testamento, cùm ejusmodi relicta nuda etiam voluntate tollantur, ut dictum est. Neque in contrarium stat textus *in dicta l. si jure*, imo hanc sententiam confirmat; quia solùm loquitur, quando in secundo testamento relicta sunt alia legata, vel nullum omnino, ut patet ex ipso contextu, & Glossa ibidem. In quibus terminis solùm visitur revocatio indirecta relictorum in priori testamento. Quod si dicas, eandem esse rationem, ut etiam quando testator expresse, ac directo revocat relictum in priori testamento, intelligi debeat, nolle recedere ab illo nisi in quantum validurum est secundum, in quo talem revocationem facit. Respondeo negando esse eandem rationem. Nam voluntas expressa efficacior est, quam tacita, ut omnes admittunt; expressum enim facit cessare præsumptionem contrariam. Et præterea, quia revocatio expressa fit per negationem; qua testator expresse dicit, ut non valeat prius relictum: negatio autem est malignæ naturæ, & destruit quidquid post se invenit.

Hinc à fortiori colliges, quando Emphyteuta me revocabiliter nominavit, sive in testamento, sive extra illud, & postea invalidè nominavit aliam personam extra testamentum, revocando expresse nominationem antea factam, perire omnino talem nominationem prius factam, ut benè tradit Caldas *dicto cap.* 3. *de potestate eligendi, cap.* 46. *&* 50. Ratio est, quia licet renovatio expressa prioris nominatio- 106

minationis sit conjuncta cum sequenti nominatione invalida, id non tollit, quominus sit ex voluntate absoluta, qua nimirum Emphyteuta simpliciter, & absolute voluit, ut prima nominatio non valeret: talis autem voluntas, quamvis sit nuda, & conjuncta cum actu invalido, satis est ad destruendam nominationem revocabilem prius factam; ut ex dictis constat. Maius dubium est, utrum per solam secundam nominationem invalidam extra testamentum factam absque expressa revocatione prioris nominationis revocabilis, talis prior nominatio evanescat? Negat Caldas locis proxime citatis. At contrarium nobis videtur probabilius, nisi ex circunstantijs appareat Emphyteutam secundo nominantem in tantum voluisse recedere à prima nominatione, in quantum secunda valitura erat. Ducor ex ijs, quæ in simili dixi §. 6. circa revocationem nominationis per invalidam alienationem rei Emphyteuticæ. Accedit, quod talis secunda nominatio si fiat ab habente simpliciter potestatem nominandi, id est, sine restrictione ad certas personas, solum potest esse invalida ex parte effectus ob inhabilitatem personæ nominatæ; per actum vero contrarium, qui solum hac ratione invalidus est, præcedens nominatio tollitur, ut constat ex supra dictis *num.* 103.

Vtrum ad nominationem irrevocabilem requiratur acceptatio personæ nominatæ?

§. XI.

SUMMARIUM.

Respondetur negative, tam secundum jus Lusitanum, quam secundum jus commune. n. 107.

Episcopus conferens beneficium absenti non potest revocare eam collationem, etiam antequam ille absens acceptet. Neque electores post publicatum scrutinium possunt revocare electionem, quanvis nondum sit acceptata. eod. n. 107.

Qua ratione absenti ad Emphyteusim nominato jus acquiratur, antequam nominationem acceptet? n. 108.

Vndecimum dubium est, utrum ad nominationem irrevocabilem requiratur acceptatio personæ nominatæ? Respondetur negativè, præsertim spectato jure Lusitano. Nam *lib.* 4. *Ordinat. tit.* 31. §. 2. expresse habetur nominationem factam ab eo, cui erat simpliciter concessa facultas nominandi, nulla facta mentione mortis; esse irrevocabilem, eo quod statim acquiratur jus nominato; quantumvis absens sit: quo manifeste supponitur non requiri nominati acceptationem. Jure etiam communi talis nominatio acceptationem non requirit, ut sit irrevocabilis. Quod bene probat Caldas *de potestate eligendi, cap.* 6. *n.* 14. *ex cap. si tibi absenti, de præbendis, in* 6. ubi postquam pontifex statuit absenti posse conferri beneficium ab Episcopo, subdit, re integra antequam ille collationem acceptet, non posse Episcopum variare; & ex *cap. publicato,* 58. *de electione*, ubi facta electione per scrutinium, nequeunt electores eo publicato variare; quorum textuum ea ratio est, quia collatio, & electio, de qua loquuntur, facta est ex necessitate officij, quo ubi electores semel perfuncti sunt, variare nequeunt. Quæ ratio suo modo militat in nominatione Emphyteutica; quia Emphyteuta dictam potestatem nominandi habens, ratione muneris Emphyteutici nominare tenetur, saltem causative, ne Emphyteusis ad dominum devoluatur; & ideo ubi semel nomina- 107

vit, functus est officio suo, & non potest variare, licet nominatus nondum acceptaverit.

108 Illud autem difficultate non caret, quî fieri possit, ut nominatus ante acceptationem jus ad Emphyteusim acquirat? Nam *in dicto cap. si tibi absenti*, quamvis Ordinarius collationem absenti factam revocare non possit, tamen ante acceptationem nullum jus illo absenti acquiritur, ut in eodem capite dicitur. Ad hoc tamen bene respondet Caldas *supra num.* 20. satis esse, quod Emphyteuta acceptaverit Emphyteusim pro se, & personis nominandis, ut cuilibet ex talibus personis jus acquiratur, ubi ad Emphyteusim irrevocabiliter fuerit nominata; quia primus ille Emphyteuta tamquam illarum procurator dominicam concessionem sub futura nominationis conditione acceptavit; quod satis est, ut posita nominatione, statim nominatus absque alia acceptatione jus ad Emphyteusim acquirat, ut etiam in simili de vocatis ad maioratus tradit Barbosa *in l. divortio* 8. 2. *parte*, *in principio*, *num.* 12. *ad finem*, quo fit, ut tunc neque de consensu domini possit nominans variare.

Vtrum nominatio invalida facta per eum, qui semel tantum nominare potest, impediat fieri ab eo aliam validam?

§. XII.

SUMMARIUM.

Respondetur negative. n. 109.

Patronus nulliter præsentans ad beneficium, potest iterum præsentare. ibid.

Iurisdictio judicis delegati expirat, ubi sententiam dicit, licet sententia sit nulla. eodem n. 109.

Quoties electio non est sortita effectum, potest elector pluries eligere, donec electio effectum sortiatur. ibidem.

Si prima nominatio nulla culpabiliter facta fuit à nominante, eo quod scienter personam indignam nominavit, non potest alia nominatio ab eo fieri. n. 110.

Qua ratione probandum sit, factam, vel revocatam esse nominationem? n. 111. *remissive.*

DVodecimum dubium est, utrum nominatio invalida, facta per eum, qui semel tantum nominare potest, impediat fieri ab eo aliam validam? Respondetur negative ex communi Doctorum, quam tradunt Tiraquelus *in l. boves, §. hoc sermone, limitat.* 1. *à num.* 40. *ff. de verborum significatione*, Meres, *lib.* 1. *de maioratib. quæst.* 48. *ante num.* 46. Mol. Jurista *lib.* 2. *de primogenijs*, *cap.* 4. *num.* 88. & in specie Caldas *de potest. elig. cap.* 5. *num.* 8. *& seqq.* Probatur ex illa vulgari regula, *Non præstat impedimentum, quod de jure non sortitur effectum*, regula, *Non præstat, de regulis juris in* 6. Et præterea, quia paria sunt non eligere, & nulliter eligere, ut probat Peralta *in l. unum ex familia*, §. 1. *ad finem*, *ff. de legatis*, 2. *&* §. *sequenti*, *num. ultimo.* Facit, quod patronus nulliter præsentans potest iterum præsentare, quia non est suo officio functus, ut bene Probus *in cap. si tibi absenti*, *num.* 52. *de prebendis*, *in* 6. Nec obstat, quod aliquis in contrarium objicere potest, judicem delegatum etiam per sententiam nullam functum esse officio suo, ejusque jurisdictionem prorsus expirare, *l. si ut proponis*, *Cod. quomodo & quando judex*, & omnes *in l. judex posteaquam, ff. de re judicata.* Nam ad hoc respondet bene Caldas *sup. n.* 14. hoc ideo statutum esse, quia jurisdictio delegata est valde odiosa, & omnino restringenda, per notata in *cap. P. & G. de offic. delegati* 109

Quare

Quare ejusmodi dispositio ad extrajudiciales actus extendi non debet, quos qui nulliter ex hominis dispositione fecit, pluries facere potest, donec valide, & utiliter faciat. Unde Molina *supra* generaliter docet, quoties prima electio non est sortita effectum, sive quia electus ei noluit consentire, eive renuntiavit, sive quia mortuus est, aut alia de causa, posse electorem pluries eligere, donec electio effectum sortiatur. Id, quod in ipsa specie, de qua hîc loquimur, approbat Ordinatio Lusitana *dicto tit.* 37. §. 5. ubi statuit, si is, qui fuit nominatus irrevocabiliter, moriatur, antequam aliud jus in eum sit translatum, posse ab Emphyteuta nominari alium, eo quod prior nominatio effectum sortita non fuerit.

110 Procedit autem tradita resolutio, quando nominatio fuit nulla absque culpa nominantis, ut quia ignorabat vitium nominati; nam si scienter personam indignam nominavit, amplius nominare non potest, ut probant Tiraquelus *supra num.* 51. Molina Jurista *supra num.* 59. & Caldas *dicto cap.* 5. *n.* 14. *in fine.*

111 Qua ratione probandum sit, factam, vel revocatam esse nominationem habetur *lib.* 4. *Ordin. Lusit. tit.* 37. §. 3. & declarat Gama *decis.* 85. & Caldas *de potestate eligendi*, *cap.* 7. *per totum.*

SECTIO SEXTA.

Quædam alia pro Emphyteutica nominatione explicantur.

NOnnullæ adhuc circa nominationem Emphyteuticam restãt quæstiones, quas hîc breviter expediemus.

Quandiu jus Emphyteuticum duret penes eum, in quem Emphyteusis nominationis translata est?

§. I.

SUMMARIUM.

Quando Emphyteusis nominationis concessa est ad tres vitas, tandiu durat jus prima vita, quandiu vivit ille, qui prima vita esse cœpit; & similiter cum proportione durat jus secunda, & tertia vita. n. 112.

Si Emphyteuta, qui cœpit esse tertia, & ultima vita, vendat Emphyteusim, an duret Emphyteusis penes emptorem, quandiu vixerit? vel solum quandiu vixerit venditor? Respondetur, solum durare ad vitam venditoris. n. 113.

Utrum hoc procedat, etiam si Emphyteusis translata sit de consensu domini? n. 114. *& seqq.*

Ususfructus non potest transferri ab una persona in aliam: & si alteri cedatur, redit eo ipso ad dominum proprietatis: si vero is cessioni consentiat, constituitur novus usufructus. n. 115.

Ad quem deveniet Emphyteusis nominationis, quando fuit in aliquem translata, & is, vivente translatore, mortuus est, quis de illa disponeret? n. 117. *remissivè.*

PRima quæstio est, quandiu jus Emphyteuticum duret penes eum, in quem Emphyteusis nominationis translata est? Pro resolutione adverte, quando Emphyteusis nominationis concessa est ad vitam trium personarum, ita ut prima possit nominare secundam, & secunda tertiam, ut in hoc regno sæpissime contingit, tandiu durare jus primæ vitæ, seu primæ personæ, quandiu vivit ille, qui prima vita, seu prima persona esse cœpit: & similiter de secunda, & tertia vita cum proportione dicendũ. 112

Quo fit, ut si aliquis emptione, vel alio titulo Emphyteusim obtinuit ab eo, qui prima persona esse cæpit, non illico incipiat secunda vita, sed tandiu duret prima, quandiu primus acquirens vixerit; ita ut licet Emphyteusis ad plures possessores successive deveniat, nullus eorum incipiat esse secunda vita, dum ille primus vixerit: eo autem mortuo, tunc qui tali tempore repertus fuerit Emphyteusim possidere, incipiat esse secunda vita, seu secunda persona. Et hæc secunda vita similiter durabit, dum vixerit ille, qui secunda persona esse cæpit. Atque hoc mortuo incipiet esse tertia vita, qui tunc Emphyteusim obtinuerit. Et similiter hæc tertia vita durabit, quandiu is vixerit. Hæc omnia habentur *lib. 4. Ord. Lusit. tit. 38. §. 3. & 2.*

113 His animadversis constat magna ex parte responsio ad propositam quæstionem, ejus tamen difficultas consistit in eo, an si contingat vendi, aut alia ratione transferri Emphyteusim ab eo, qui tertia, & ultima vita esse cæpit, duret Emphyteusis penes emptorem, quandiu ipse emptor vixerit, vel solum, quandiu vixerit venditor, qui erat ultima vita; ita ut eo mortuo expiret Emphyteusis apud emptorem, vel alium, qui eam tunc possidebat? Respondetur, expirare mortuo eo, qui tertia vita esse cæpit. Ita Caldas *de extinctione, cap. 21. num. 1. fine*, post Speculatorem, Imolam, Salicetum, & alios, quos refert. Ratio est, quia talis emphyteuta non potuit plus juris transferre in emptorem, quam ipse haberet: ipse autem solum habebat jus Emphyteuticum pro tempore vitæ suæ: ergo ea finita non potest emptor, neque aliquis alius, qui ab eo causam habeat, Emphyteusim retinere, nisi in eo fiat renovatio ipsius Emphyteusis.

114 Videtur autem hoc limitandum, nisi Emphyteusis translata esset de consensu domini, argumento *cap. nuper de donat. inter virum, & uxorem*, ubi Pontifex declarat, si maritus uxori donet rem, quæ ipsi marito concessa erat solum pro tempore vitæ suæ, non posse uxorem eam retinere post mortem mariti, nisi ille, ad quem dominium rei spectat, tali donationi cõsenserit. Quod ulterius confirmari potest ex doctrina Pineli *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. sub num. 40. post illationem decimam*, ubi argumento *d. cap. nuper*, cum Bartholo, & alijs tradit, usumfructum cessum, seu alienatum de cõsensu proprietarij non extingui per mortem ipsius fructuarij cedentis, sed continuari, & permanere penes eum, in quem alienatus est.

His tamen non obstantibus, hanc 115 limitationem rejicit Caldas *supra num. 2.* Et ad argumentum in contrarium ex *dicto cap. nuper*, respondet textum illum procedere, quando maritus rem illam donavit uxori, ut eam haberet, quandiu ipsa uxor viveret: nam quãdiu maritus vivit, omnis donatio, quam uxori facit, est nulla, & solum eo mortuo confirmatur: unde supervacaneus, ac prorsus inutilis esset consensus domini directi ad donandum uxori pro tẽpore, quo ipse maritus viveret. In nostro autem casu res aliter se habet, cum manifestum sit Emphyteutam vendentem nihil aliud vendere, & transferre velle in emptorem, quam jus, quod ipse habebat, & sic solum pro tempore vitæ suæ: neque dominum consentientem aliquid amplius præstare, aut concedere velle. Ad confirmationem respondetur similiter usumfructuariũ, qui petit à proprietario consensum ad cedendum alteri usumfructum, id agere, ut de novo constituatur ususfructus in cessionario; & ideo quoad cessionarius vixerit, ad eum pertinere talem usumfructum, si proprietarius cessioni consensit: vendens autem Emphyteusim solum petit cõsensum à domino ad suum jus Emphyteuticum in alium transferendum: nam in hoc vel maxime differt Emphyteusis ab usufructu,

fructu; quod hic est personalissimus, & non transfertur ab una persona in aliam. Unde quando alteri ceditur, redit ad dominum proprietatis, *l. si usufructus 57. ff. de jure dotium*: si autem proprietarius cessioni consentiat, novus usufructus constituitur, ut bene Pinel. *sup.* at vero jus Emphyteuticum est transferibile ab una persona in aliam, & ad hanc translationem petitur consensus à domino, qui proinde solum intelligitur illum præstare, ut talis alienatio fiat, non autem ut nova Emphyteusis in alterius persona constituatur.

116 Hæc sententia in rigore juris videtur vera: forte autem consuetudo stat in contrarium, de qua si constet, vel si dominus dictæ alienationi consentiens, expresse, aut tacite approbet, ut emptor Emphyteusim comparet pro toto tempore vitæ suæ, tunc non per venditoris, sed per emptoris mortem Emphyteusis finietur.

117 Sed quid, si vivente adhuc venditore, seu eo, à quo Emphyteusis translata est, moriatur emptor, seu qui alio titulo eam obtinuit, quin in vita sua, aut morte de illa disponeret? In hoc casu resoluit Ordin. Lusit. *d. tit. 38. §. 3. in fine*, servandum esse id, quod in eadem disponitur, quando Emphyteuta, qui habebat potestatem nominandi, decessit, nemine ad Emphyteusim nominato. Quam Lusitani juris dispositionem tradidimus, & late explicuimus hac ipsa *disp. sect. 1. dub. 6.* quare quæ ibi dicta sunt, ad præsentem dubitationem applicari debent. Procedit autem hæc dubitatio, sive Emphyteusis obtenta fuerit ab eo, qui cæpit esse ultima vita, sive ab eo, qui erat prima, aut secunda.

Utrùm is, in quem Emphyteusis nominationis donatione, vel alio titulo translata est, possit, vivente alienatore, nominare aliam personam ad eam Emphyteusim, si id poterat alienator?

§. II.

SUMMARIUM.

Explicatur, & resolvitur præsens quæstio negative. n. 118.

Exponitur Ordinat. Lusit. quatenus prædictæ resolutioni videtur obstare. num. 119.

Si Emphyteuta habens potestatem nominandi Emphyteusim transferat non per viam nominationis, sed solum per venditionem, aut alium titulum, ex consensu domini, defendi potest, quod tunc transfertur simul in emptorem facultas nominandi, quam venditor habebat. n. 120.

Secunda quæstio est, utrum is, in quem Emphyteusis nominationis venditione, donatione, vel alio titulo alienata est, possit vivente alienatore nominare aliam personam ad ipsam Emphyteusim, si ipse alienator id poterat, ut quando is erat prima, aut secunda vita? Ratio dubitandi pro parte affirmativa est, quia qui talem Emphyteusim transtulit, videtur simul cum ea transtulisse jus nominandi, quod ipse habebat. Respondendum nihilominus est negative, quia, ut notat Gama *decis. 116. n. 7.* & colligitur ex Ordin. Lusit. *lib. 4. tit. 37. §. 1.* quando Emphyteuta, habens potestatem nominandi, transfert Emphyteusim titulo aliquo oneroso, vel gratuito, utitur simul potestate nominandi, & nominationem irrevocabilem facit: unde 118

per talem actum consumit totum jus nominandi, quod habebat, & sic non transfert illud in emptorem, seu eum, in quem Emphyteusis alienatur; qui proinde dum alienator vivit, jus nominandi non habet. Quod sic declaro: nam vel haberet jus nominandi secundam personam, vel nominandi tertiam. Primum dici non potest; nam quando Emphyteusis in eum fuit alienata, ad minimum mansit tunc consumptum jus nominandi secundam personam, cum alienator consumpserit suum jus, quod vel erat jus ad nominandam secundā personam, vel si erat ad nominandam tertiam, jam supponitur consumptum esse antea jus nominandi secundam, ut per se patet. Neque etiam potest dici secundum. Nam si alienator habebat jus secundæ personæ ad nominandam tertiam, illud penitus consumpsit, quando Emphyteusim alienavit, & sic nemo deinceps potest nominare tertiam personam: si autem erat prima persona, licet solum consumpserit jus nominandi secundam, attamen dum ille vivit, non existit secunda persona, cum hæc non incipiat, nisi post mortem primæ, & sic illo vivēte, nō potest is, qui Emphyteusim ab eo obtinuit, neque alius nominare tertiam personam, quæ solum potest nominari ab eo; qui est secunda persona.

119 Neque huic resolutioni obstat Ordinat. Lusit. *d. lib.* 4. *tit.* 38. §. 3. ubi dicitur, si is, qui emptione, aut alio titulo Emphyteusim obtinuit, decesserit vivente eo, à quo illam comparavit, posse nominare alium, ad quem per mortem suam deveniat. Tum quia hæc Ordinatio procedit de quacunque Emphyteusi alienabili ex consensu domini ad tres vitas concessa, & non solum de Emphyteusi nominationis: unde ex ea non colligitur transire in talem personam jus nominandi, quod habebat, qui Emphyteusim alienavit. Tum etiam, quia solum concedit tali personæ jus disponendi per mortem de illa Emphyteusi: qui autem habet simpliciter jus nominandi, non solum per mortem, sed etiam in vita sua potest ad Emphyteusim nominare, eamque transferre absque consensu domini, juxta probabiliorem sententiam, quam multis pro ea relatis Doctoribus tradidimus *disp.* 4. *sect.* 7. §. 3. licet contradicat Gama *d. decis.* 116. *num.* 7. negans posse absque domini consensu transferri Emphyteusim ab eo, qui potestatem nominandi habebat. Cui Gamæ sententiæ licet jus Lusitanum *in dicto tit.* 38. §. 2. satis faveat, & pro ea, referente eodem Gama, sæpe judicatum sit, tamen opposita, quam sequimur, est receptior apud alios Doctores Lusitanos, nec obscure idem jus Lusitanum pro ea facit *lib.* 4. *Ordin. tit.* 37. §. 1.

Illud autem non incongrue dici posset, si Emphyteusis nominationis 120 transferatur ab Emphyteuta, non per viam nominationis, seu ex potestate nominandi, quam habet, sed ex solo consensu domini per venditionem, aut alium titulum, tunc simul cum illa transire jus nominandi in emptorem, ita ut etiam vivente venditore possit alium nominare, quemadmodum venditor poterat. Quia licet facultas nominandi, seu eligendi alicui commissa regulariter sit personalissima, ut testatur Molina Jurista *lib.* 2. *de primog. cap.* 4. *in fine*, eo quod ad illam quæratur industria personæ, tamen hoc non videtur procedere in nominatione Emphyteutica, quia quando facultas ad illam cōceditur, non videtur attendi qualitas, & industria personæ, sed tantum, quod possideat Emphyteusim in prima, vel secunda vita, pro qua concessa est: unde potius videtur competere in consequentiam ipsius Emphyteusis, tanquam cujusdam juris præambuli proprio jure competentis, utpote ex vi contractus Emphyteutici, quam ex cōmissione concedentis, ut notavit Caldas *de potest. eligendi, cap.* 16. *num.* 10. facultas

cultas autem, quæ competit in consequentiam, transitoria est cum ipsa re, in cujus consequentiam venit. *l. si stipulatus fuerim illud, aut illud, ff. de verb. obligat. l. servus si hæredi, in principio, ff. de statuliberis.* Hanc tamen sententiam non firmo, dum alijs patronis caret.

Vtrum quando aliquis accepit Emphyteusim pro se, & uxore, atque uno filio utriusque, quem nominaverit, qui ultimus eorum remanserit, possit ultimus nominare filium ex alio matrimonio susceptum?

§. III.

SUMMARIUM.

Prima sententia affirmat, dummodo non superstit filius utriusque illius conjugis. num. 121.

Sententia negativa præfertur. Et quadam ejus limitatio excluditur. n. 122.

Solvuntur fundamenta sententia affirmativa. n. 123.

121 Tertia quæstio est, an quando aliquis accepit Emphyteusim pro se, & uxore sua, atque uno filio utriusque, quem nominaverit, qui ultimus ex illis remanserit, possit ultimus nominare filium ex alio sequenti matrimonio susceptum? Affirmat Gama *decis. 351. n. 1.* & pro hac parte judicatum fuisse testatur, uno ex tribus Senatoribus repugnante. Probat ex præsumpta voluntate contrahentium, id est, parentis talem Emphyteusim acceptantis, & domini concedētis, quasi tam filijs primi matrimonij, quam secundi providere voluerint, cum non maiorem affectionem ad hos, quam illos habuisse credantur. Hoc autem intelligit *n. 3.* si filius primi matrimonij non supersit; quem præferendum esse filijs secundi matrimonij, late probat *decis. 233. n. 13.* Et quidem optima ratione, cum pro illo filio expresse stent verba illa; *ac filio utriusque.* Facit pro hac sententia, quod tradit Gregorius Lopes *in l. 2. tit. 15. partit. 2.* ubi docet; si Rex alicui nobili ducturo pedisequam Reginæ concedat aliqua bona cum clausula, ut adinstar maioratus deveniant ad filium primogenitum utriusque; admittendum esse ad illa filium ex secunda uxore susceptum; si illa prima sine prole decedat; quia inquit, illa Regis concessio videtur facta in solidum viro, & uxori per *l. unicam, Cod. si liberalitatis imperialis socius lib. 10.* & consequenter eorum filijs, etiam non communibus: quare si solum extent filij ex sequenti matrimonio, illi sunt admittendi. Quod prætereà confirmatur ex *l. placet, cum l. seq. ff. de liberis, & posthum.* ubi institutio posthumi facta ab eo, qui habebat uxorem, prodest posthumo ex alia secunda uxore nascituro. Pro hac ipsa sententia late disputat Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 18. fere per tot.* ubi tandem *num. 15.* sic concludit: *Limitationibus explosis, res est dubia, & anceps opinio, quæ affirmat posse vocari ad Emphyteusim acceptam pro se, & uxore, & filijs utriusque filios posterioris matrimonij: vera tamen, & secura ea pars, quæ tradit non esse vocandos nisi filios duntaxat prioris matrimonij, si extiterint: ijs vero non extantibus, filios secundi matrimonij.*

122 Nihilominus non posse in proposito casu nominari filium secundi matrimonij, docet simpliciter, & absolute Cald. *de potest. elig. cap. 13. à num. 12.* ea potissimum ratione, quia illa verba contractus, *ac filio utriusque*, ita sunt limitata ad filium, qui ex illo viro, & illa uxore nasceretur, ut plane excludant, qui ex alio viro, aut alia muliere procreabitur; alioqui verbum, *utriusque*, sui-

superflue adhiberetur, quod non est admittendum: omnia enim verba, quæ in dispositione ponuntur, aliquid debent operari, *l. si quando*, *ff. de legat.* 1. Confirmatur ex *l. filius a patre*, §. *si quis ex certa*, *ff. de liber. & posthum.* ubi siquis hæredem instituit filium ex certa uxore natum, non intelligitur instituisse filium ex alia procreatum, & is tanquam præteritus patris testamentum potest rumpere. Limitat autem Caldas hanc resolutionem, nisi dicta Emphyteusis concessa fuisset contemplatione mariti, ut ob ejus servitia, vel obsequia: tunc enim, cum dominus solum marito gratificari voluerit, mirum non est, quod is ad talem Emphyteusim possit nominare filium alterius matrimonij, etiam existentibus filijs primæ uxoris. Hæc tamen limitatio mihi est difficilis propter ea, quæ dixi *disp.* 5. *sect.* 3. §. 2. *n.* 58.

123 Atque ex his facile respondetur ad motiva prioris sententiæ. Et imprimis ad fundamentum Gamæ respondetur, non debere præsumi voluntatē contrahentium fuisse providere tam filijs primi, quam secundi matrimonij, cum aperte contra hanc præsumptionem stent expressa verba contractus, quo Emphyteusis pro solis filijs ex illo determinato viro, & fæmina procreatis, aut procreandis concessa sit. Deinde ad id, quod ex Gregorio Lopes affertur, dicendum doctrinam illam esse falsam, quatenus vult rem individuam, qualis est illa Regis concessio, transire in solidum ad filios, etiam non communes utriusque socij: repugnat enim ipsa rei natura, quæ ad unum tantum transire debet, nec ad alium, quam ad eum, qui vocatus est, ut in proposito casu fuit solus primogenitus ex primo matrimonio nasciturus. Quod similiter procedit in Emphyteusi, de qua agimus; siquidem pro uno tantum filio primi matrimonij concessa est. Ad confirmationem denique ex *l. placet*, respondetur facile, eam legem procedere, quando institutus fuit posthumus absolute; non autem quando ex certa uxore nasciturus; tunc enim non posset censeri institutus, qui ex alia uxore procrearetur, ut apte probat *l. filius a patre*, quam pro nostra sententia attulimus.

Vtrum in casu præcedentis quæstionis facultas nominandi unum ex filijs communibus extendatur ad nominandum nepotem?

§. IV.

QUarta quæstio est, utrum in casu præcedentis quæstionis facultas nominandi unum ex filijs communibus extendatur ad nominandum nepotem? Respondetur, secundum jus Lusitanum, parentem, qui eam facultatem habet, posse, deficientibus filijs, nominare nepotem. Ita expresse habetur *lib.* 4. *Ordin. tit.* 37. §. 6. Utrum vero idem dicendum sit secundum jus commune, non satis constat. Pinel. *in l.* 1. *p.* 1. *num.* 71. *Cod. de bonis maternis*, partem affirmativam sequitur ex Socino, Decio, & Alciato existimantibus, ubi filij vocantur, non excludi nepotes, nisi quando filij extant, quod id æquius videatur. Oppositum nihilominus late defendit Cald. *de potest. eligendi*, *cap.* 14. *num.* 34. 36. & 44. per textum in *l. cum pater*, 79. §. *hæreditatem*, *ff. de legat.* 2. ubi cum hæres gravatus restituere hæreditatem uni ex suis filijs, quem elegisset, nullo electo decederet, dicitur dividenda esse hæreditas pro partibus virilibus inter filios tunc existentes; & subditur ratio his verbis, *Cum de alijs eligendi facultas non fuerit*; quo supponitur, non potuisse eligi de nepotibus, eaque est communis sententia; pro qua stat Barthol. & plures alij apud Cald. *supra*, & pro- 124

cedit

cedit à fortiori, quando potestas eligédi concessa est per contractum, ut in nostro casu, cum verba contractuum, maxime stricti juris, qualis est Emphyteusis, stricte sint accipienda. Cæterũ Pineli opinio mihi videtur satis probabilis, imo probabilior; non solum, quia æquior, sed etiam, quia videtur ad mẽtem ipsorum contrahentium; cui potius, quam verbis, standum est, ex *l. in conventionibus*, *ff. de verbor. signif.* ex qua regula alibi contra Cald. tradidimus, Emphyteusim concessam pro hæredibus, etiam pro ijs, quibus titulo legati relicta fuerit, concessam intelligi.

Vtrum nominatus ad Emphyteusim gravari possit à nominante, ut eam restituat, vel aliquid soluat?

§. V.

SUMMARIUM.

Si nominans transferat in vita sua Emphyteusim in nominatum, potest illum gravare juxta æstimationem interusurij, quod illi concedit. n. 125.

Vtrum possit etiam gravari nominatus, qui solum post mortem nominantis Emphyteusim consequitur? Negativa sententia est communior. n. 126.

Eaque præfertur, & magis confirmatur. n. 130.

Proponitur, & suadetur sententia affirmativa. n. 127. & seqq.

Vtrum saltem possit nominatus gravari indirecte per conditionem; ut si nominetur sub conditione, si tantum pecuniæ præstet; vel si se obliget ad præstandum quotannis decem, &c. n. 131. & seq.

125 Quinta quæstio est, utrum nominatus ad Emphyteusim gravari possit à nominante, ut eam restituat, aliquidve soluat, &c.? Non procedit quæstio de nominato, in quẽ nominans statim in vita sua Emphyteusim transtulit. In hoc enim casu citra dubium est, posse illum à nominante gravari juxta æstimationem interusurij, quod illi concedit, ut bene docet Caldas *de potest. eligendi, cap. 17. num. 8.* & in simili de nominatione ad maioratum, Molina Theolog. *tomo 3. de just. 1. p. disp. 592. n. 9.* & Molina Jurista *lib. 2. de primog. cap. 4. n. 32.* cæterique communiter. Et ratio est, quia interusurium, seu emolumentum, quod Emphyteuta in vita sua percipere poterat, non à domino, sed ab ipso Emphyteuta in casu proposito conceditur: qui autem rem suam alteri concedit, potest non concedere illam gratis, sed cum onere, ut aliquid juxta ejus valorem præstet: unde tanquam commune axioma est, quod in tantum potest quis alium onerare, in quantum illum honorat. Tota ergo quæstio est de eo, qui simpliciter nominatur; ut post nominantis mortem Emphyteusim consequatur.

126 In qua difficultate negativa sententia videtur communiter recepta, ut fatetur Cald. *de potest. eligendi, cap. 16. n. 6. ante medium, & num. 28.* & illam in specie sequutus est in judicando Gama & alter ejus collega, quem refert *dec. 196.* eaque pars obtinuit: idemque insinuat idem Gama *decis. 70. num. 2.* ubi tradit, & judicatum esse affirmat, posse electum ad Emphyteusim gravari, ut restituat alteri fructus, quos in vita sua perceperit, si ei tantundem ex bonis allodialibus relinquatur: ubi plane supponit, non posse talem electum gravari simpliciter, sed solum in casu, quo onus ei impositum aliunde compensetur: tenet etiam Benedictus Ægydius *in l. ex hoc jure, 2. p. cap. 11. num. 65.* Idem docuit Gonçallus Valascus, *in l. unum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* post Aret. *consil. 53. num. 1. in principio.* Et loquendo in genere de relicto nominationis, id est, de re alicui relicta cum

cum potestate nominandi successorē, ad quem deventura sit, eandem sentētiam approbat, & vulgò receptam dicit Alvarus Valascus *consult. 27. num. 8. vers. licet enim*, idem loquendo de relicto cum onere illud restituendi alteri per ipsum gravatum nominando, ut, verbi causa, maioratum nominationis, tenet Molina Jurista *dicto cap. 4. num. 19. & seqq. & cap. 5. num. 31. cum seqq.* quem sequitur Molina Theolog. *dicta disp. 592. n. 8.* estque receptissima sententia, ut apud citatos videre licet. Fundamentum vulgare est; quia is, qui eligendo alium nihil de suo confert, eum gravare non potest, juxta regul. *l. ab eo, Cod. de fideicommissis. Quod nemo potest onerare, quem non honorat*: nominans autem ad Emphyteusim, nihil de suo confert nominato, ut sæpe in hac materia advertimus; solum enim exercet nudum ministerium nominandi, ponendo conditionem necessariam, ut alter ex vi dominicæ concessionis immediate Emphyteusim consequatur. Unde non ab Emphyteuta nominante, sed à domino concedente illam capit. Confirmatur ex *dicta l. unum ex familia, §. sed & si fundum*, ubi hæres gravatus restituere fundum uni de familia, quem elegerit, non potest electum gravare, ut illum restituat; non ob aliam rationem, ut omnes Doctores exponunt, nisi, quia electus non ab eligente, sed à testatore, qui eligere præcepit, tale fideicommissum capit, ut dicitur eadem *l. §. 1.* ibi, *Non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est*: quid enim de suo videtur elegisse, qui, quod reliquit, omnino reddere debuit?

127 Oppositam nihilominus sententiam tenent Caldas *de potest. elig. cap. 16. à n. 60.* Mol. Theolog. *dicta disp. 592. n. 8.* & Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 15. num. 3.* Eandem in simili tenere videtur Sanches *tomo 1. opusc. lib. 2. cap. 1. dub. 38. num. 14.* cum Salone, & alijs, quatenus docet, habentem officium publicum cum licentia Regis ad illud transferendum in unum filium, quem voluerit, censeri habere facultatem sibi tacite concessam ad gravandum filium, in quem officium transfert, ut aliquid soluat alijs filijs. Fundamentum, quo Molina nititur, est, quia Emphyteuta nominando alium ad Emphyteusim, non exercet nudum ministerium, sed vere illi tribuit jus Emphyteuticum, quod ipse nominans habet: & sic illum de suo honorat, ac proinde gravare illum potest per regul. *d. l. ab eo, Cod. de fideicommissis.* Hoc tamen fundamentum sæpius à nobis exclusum est, satisque confutatur ex proxime dictis, ubi plane ostenditur, nominatum nihil capere ab Emphyteuta nominante, sed tantum à domino concedente.

Aliter ergo hanc sententiam probat Caldas hac ratione. Emphyteuta vere dicitur honorare nominatum, & propriam liberalitatem in eum exercere: ergo potest illum gravare, juxta regul. *d. l. ab eo.* Antecedens probatur, quia talis Emphyteuta nullo præcepto, aut lege adstringitur nominare; posset enim, si vellet, Emphyteusim domino renunciare, neminemque ad illam nominare, ut per se constat, & latius probat idem Cald. *de nominat. quæst. 1. n. 6. & 7.* Qui autem nominat, cum non teneatur, propriam exercet liberalitatem in nominatum, ut à contrario sensu colligitur ex *dicta l. unum ex familia, §. 1.* ibi, *Non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis officium est.* Et hinc respondet ad fundamentum, & confirmationem pro contraria sententia adducta; quæ ait solum procedere, quando nominans alicujus legis, aut præcepti necessitate eligere tenetur, ut in casu *d. l. unum ex familia.* 128

Quod si dicas, Emphyteutam habentem nominandi potestatem adstringi necessitate causativa nominare; cum ejus nominatio sit necessaria, ut Emphyteusis non pereat; nec ad ejus hæ- 129

redes

redes devolvatur, juxta dispositionem Ordinat. Lusitan. *lib.* 4. *tit.* 39. atque hanc necessitatem sufficere, ut electum gravare non possit; siquidem hæres gravatus restituere uni de familia, quē elegerit, non potest electum gravare; & tamen solùm adstringitur ad eligendum necessitate causativa, ut sentiunt Bartholus, Palus Castrensis, & alij *in dicta l. unum ex familia, in principio;* & colligitur ex eadem *l.* §. *rogo*, ubi dicitur, si talis hæres nullum nominet, posse omnes de familia, scilicet proximiores, petere illud fideicommissum. Respondet ad hoc idem Caldas *num.* 12. *ad finem*, illam causativam necessitatem Emphyteutæ esse valde tenuem, & longe diversam ab ea, qua dictus hæres gravatus restituere, eligere tenetur: nam hic hæres non solùm necessitate causativa, sed etiam præcepto testatoris adstringitur eligere. Vnde judicis officio compelli potest, ut eligat, & voluntatem testatoris impleat, ut post alios probat Peralta *in dicta l. unum ex familia*, §. *sed & si fundum, num.* 11. At verò Emphyteuta nullo præcepto obligatur ad nominandum, neque ad id cogi potest: & ideo quando nominat, propria liberalitate utitur, & gravare potest nominatum, licet in prædicto hærede res aliter se habeat. Addit præterea aliam diversam rationem Caldas *num.* 16. quia prædicto hæredi non competit electio jure proprio, sed solùm ex commissione testatoris. At verò Emphyteutæ, de quo loquimur, competit electio, & nominandi potestas proprio jure, virtute scilicet contractus, ex quo jus proprium acquisiuit. Vnde illi magis favendum est, ut gravare possit nominatum, quam prædicto hæredi commissario.

130 His tamen non obstantibus, prima sententia mihi videtur verior; quia Emphyteusis nominationis, de qua hic loquimur, solùm est concessa Emphyteutæ pro tempore vitæ suæ. Vnde nullum ejus emolumentum post illius mortem obveniens ad ipsum pertinet, nec ipse de illo disponere potest, ut satis per se manifestum est; si autem gravet nominatum, ad quem per mortem suam Emphyteusis deventura est, ut aliquid sibi, vel alteri prǽstet, id percipiet ratione emolumenti, quod ex Emphyteusi post ejus mortem obveniet, quasi ad ipsum nominantem spectaret: igitur cùm hoc dici non possit, neque illud admittendum est. Confirmatur, & declaratur amplius hæc ratio, quia vel gravaret nominatum ad faciendam illam prǽstationem ratione prædicti emolumenti, quod nominatus percipiet, vel ratione nominationis, qua illum voluntariè nominaret, secluso prædicto emolumento. Primum dici non potest, ut satis argumentum factum convincit. Secundum etiam non est dicendum; quia nominatio illa, secluso emolumento, non est pretio æstimabilis, nec per illam, ut sic, potest nominatus dici honoratus à nominante, ut per se constat: ergo ratione illius non potest eum gravare, siquidem gravamen non potest imponi, nisi propter honorem pretio æstimabilem. Confirmo, & declaro ulterius, quia cùm Emphyteusis solùm pertineat ad nominantem pro tempore vitæ suæ, tenetur per mortem suam illam integram demittere sequenti vocato, id est, nominato: non demitteret autem integram, si aliquod gravamen nominato imponeret; nam res cum tali gravamine minus valet, & sic non secundum suum integrum valorem ad nominatum deveniet. Confirmo tandem, quia nominatio Emphyteutica est de se actus gratuitus, seu gratis exhibendus, ut omnes videntur intelligere, & satis ex proximè dictis apparet: pro actu verò suaptè natura gratuito non potest pretium, neque aliquid aliud in compensationem percipi, ut patet in mutuo. Ex quibus satis

patet responsio ad ea, quæ in contrarium pro secunda sententia allata sunt.

131 Illud tamen non leve superest dubium, utrùm licet nominatus non possit gravari directè à nominante, possit tamen indirectè per conditionem, ut si nominetur sub conditione, si tantum pecuniæ præstet; vel si se obliget ad præstandum quotannis decem, &c. Affirmat Emmanuel à Costa, quem referunt Caldas *de potestate eligendi, cap. 17. num. 9.* & Valascus *dicta consultat. 27. num. 9.* Ducitur, quia multa sunt in jure, quæ licet non admittant onus, tamen possunt fieri sub conditione alicujus præstationis, ut assignatio liberti, & legatum libertatis, prout latius tradunt citati Doctores, & nos etiam tradidimus in nostro *tractatu de Emptione, & Venditione, disput. 2. sect. 4. paulò ante finem*, ubi etiam in confirmationem addidimus, quod tradit Iason in *l. cum filio, 11. num. 50. ff de legat. 1.* ubi rectè monet, cùm dicitur, neminem posse gravari in plus, quam honoratus sit, hoc intelligi, quando quis honoratur purè, & absolutè, non autem si honoretur sub conditione gravaminis implendi; quod tunc sibi debeat imputare, quod conditionē voluerit implere, non obstante, quod gravamen æstimationē honoris excederet. Quæ quidem sententia probabilis est, & fatetur Valascus *supra*, in puncto juris defendi posse.

132 Cæterùm Caldas *dicto capit. 17. num. 12.* multis contendit, si Emphyteuta non potest gravare nominatum directè, neque etiam posse per conditionem; quia alioqui facilè fraudaretur intentio concedentis. Unde hic etiam videtur valere regula *l. Seius. 27. ff. ad l. falcidiam*, ubi habetur, quod conditio in fraudem legis adjecta, pro non adjecta habetur. Et Valascus *dicto numero 9. vers. sed quia*, dicit, has novas opiniones non facilè admitti in tribunalibus, & fieri nominationē sub conditione quodammodò repugnare voluntati primi relinquentis, qui nullam moram præsumitur voluisse fieri personæ eligendæ. Loquitur autem Valascus de nominatione ad capellā, aut maioratum: at idem diceret de nominatione ad Emphyteusim. Et ideo hæc secunda sentētia mihi videtur verior, & in praxi sequenda.

Vtrùm jus nominandi transeat ad hæredes Emphyteutæ, qui cùm haberet potestatem nominandi, decessit nemine nominato?

§. VI.

SExta quæstio est, utrùm jus nominandi transeat ad hæredes Emphyteutæ, qui cùm nominādi haberet potestatem, decessit, nemine nominato? Affirmant Panorm. Burgos de Paz, & Bologninus, quos citat, & sequitur Sanch. *lib. 4. opusc. cap. 1. dub. 33. num. 1.* ea ratione, quod hæres succedit in omne jus, & potestatem, quam defunctus habebat. At oppositum merito defendit Caldas *quæst. 9. de nominatione, num. ult.* quia facultas concessa Emphyteutæ, ut nominare possit, restricta videtur ad vitam ipsius Emphyteutæ: solùm enim ei conceditur, ut in vita sua, vel cùm morietur, nominare possit: unde per ejus mortem prorsus extinguitur, nec postea exerceri potest; cum limitata causa limitatum producat effectum, *l. in agris, ff. de acquirendo rerum dominio.* Confirmatur primò; quia si Emphyteuta neminem nominet, saltem tacitè extinguitur Emphyteusis, & ad dominum per consolidationem revertitur; quod non ita esset, si in hæredibus remaneret jus nominandi. Secundò, quia si is, cui relictus est fundus cum onere, ut illum restituat uni ex libertis, vel agnatis, quem elegerit, decedat, nullo 133

nullo electo, omnes illum petere possunt, ut habetur *l. cum quidam, 24. ff. de legatis, 2. & l. unum ex familia, 69. §. rogo, ff. eodem*; quod utique non decerneretur, si hæres gravati eligere potuisset.

DISPUTATIO SEPTIMA

De renovatione Emphyteusis.

SECTIO PRIMA.

Utrùm finita Emphyteusi teneatur, aut compelli possit dominus directus eam renovare?

SUMMARIUM.

ASsignantur aliqui casus, in quibus certum est, quod dominus non teneatur finitam Emphyteusim renovare: ut quando finitur propter commissum; vel ob liberam renunciationem possessoris in manus domini, n. 1.

Certum est, teneri dominum renovare, quando id deductum est in pactum, nisi dominus sit Ecclesia; & quæ sit natura, & vis hujus pacti? remissivè, ibidem.

Utrùm extra prædictos casus teneatur, aut compelli possit, dominus renovare finitam Emphyteusim, ut quando finita est, quia exacta sunt generationes, pro quibus concessa est? Respondet negativè Molina Theologus, n. 2.

Opposita sententia est receptissima, & satis fundata, n. 3. & 4.

Excluditur limitatio, quâ aliqui prædictam communem sententiam limitant, ut non procedat in Emphyteusi Ecclesiastica, n. 5.

Excluditur aliorum limitatio, qui sentiunt prædictam communem sententiam non procedere, quando dominus vult sibi retinere Emphyteusim; sed quando vult eam alteri concedere, n. 6.

Utrùm dominus compelli possit renovare finitam Emphyteusim, quando ad subveniendum proprijs necessitatibus eam vult sibi retinere? n. 7.

Utrùm possit compelli dominus renovare, quando in contractu Emphyteutico apposita est clausula, ut finitis generationibus res ad dominum revertatur liberè, & sine ullo impedimento; vel alia similis clausula. n. 8. & 9. Vide etiam n. 10. fine.

Renovatio Emphyteusis debetur, licet non sint in ea facta ulla melioramenta, sed satis est quod deteriorata non sit, n. 10.

Causa renovationis Emphyteuticæ est valde favorabilis: nec solùm officio judicis potest dominus compelli renovare: verùm etiam ipsum jus renovationis in bonis esse videtur, ita ut pro renovatione jus in re competat, n. 11.

In hoc regno Lusitaniæ jus renovationis legari potest. Et si Emphyteuta, qui erat ultima persona in Emphyteusi nominationis, nominet successorem in jure renovationis; competit nominato propria actio ad illam, num. 12.

Ei, cui jus renovationis legatum est, competit rei vendicatio, & hypothecaria. Et quibus personis possit legari illud jus? ibidem.

Etiam per actum inter vivos potest ab ultimo Emphyteuta concedi jus renovationis. eod. n. 12. fine.

In tribunalibus hujus regni admittitur; ut proximior agnatus ultimi Emphyteutæ prætendens renovationem Emphyteusis finitæ, possit ejus possessionem capere, nec teneatur eam demittere domino possessionem ingredi volenti. Quamvis de rigore juris illud tenendum foret. n. 13.

1 AC in re certum est, non quoties Emphyteusis finitur, teneri dominum eam renovare. Quia imprimis non tenetur, quando Emphyteusis finitur, eo quod Emphyteuta inciderit in commissum. Ita communiter Doctores, quos latè refert eos sequens Fragos. *tomo 3. disp. 14. §. 1. n. 8.* & Caldas *de renovat. quæst. 8. num. 1. & quæst. 9. n. 4. & 5.* ubi rectè addit, hoc esse verum, licet in concessione Emphyteutica appositum fuisset pactum de renovando. Per culpam enim commissi totus contractus Emphyteuticus cùm pactis illi adjectis corruit, etiam in præjudiciũ successorum, qui non deliquerunt: sub hac enim lege celebratus est, ut ex culpa commissi penitus evanescat, & Emphyteusis ad dominũ revertatur. Valascus *de jure Emphyteut. quæst. 49. n. 2. in medio.* Non tenetur etiam renovare, quando Emphyteusis finitur per renuntiationem possessoris liberè in manibus domini factam. Sic Caldas ad mentem Bartholi, & cæterorum Doctorum, *quæst. 9. de renovat. n. 1. & 2.* Alij deniq; sunt casus, in quibus pro comperto habetur, non teneri dominum renovare finitam Emphyteusim, quos commodius duabus sequentibus sectionibus explicabimus. Certum præterea est teneri dominum renovare, quando Emphyteusis concessa est pro certo tempore, aut pro certis generationibus, cum pacto, & promissione, quod tali tempore, vel generationibus finitis, renovabitur. Nam tunc clarum est debere illud pactum servari, quando Emphyteusis ea tantùm de causa finita fuerit, quia illud tempus, vel illæ generationes finitæ sunt, ut constat ex generalitate *l. 2. Cod. de jure Emphyteut.* & est textus penè expressus *in l. ne cui. 32. vers. nisi forte pacto, Cod. de locato*, quod intelligitur, nisi concedens sit Ecclesia; nam pacto renovandi facto à Rectoribus Ecclesiæ dominæ directæ expressè resistit jus in *§. quod autem, ad finem, Authent. de non alienandis rebus Eccles.* nolens Ecclesiam tali pacto teneri. Qua de re Fragos. *tomo 3. disput. 9. §. 11. n. 5.* ubi benè declarat naturam, & vim hujusmodi pacti de renovanda Emphyteusi.

Tota igitur difficultas præsentis quæstionis est, utrùm extra prædictos 2
casus teneatur, aut compelli possit dominus renovare finitam Emphyteusim: ut quando finita est, eo quod exactæ sunt generationes, pro quibus absque pacto de renovando concessa est? In quibus terminis negativam partem acerrimè tuetur Molina *disp. 484. à num. 11.* adeòque veram putat, ut non dubitet oppositam dicere prorsus falsam, & justitiæ contrariam. Ducitur, quia obligatio contrahentium non porrigitur contra id, in quo ipsi contrahentes conveniunt: in contractu autem Emphyteutico, quo dominus directus Emphyteusim concedit pro certis generationibus, conveniunt contrahentes, ut talibus generationibus finitis, ipsa etiam Emphyteusis, & omnes ejus obligationes finiantur: ergo illis finitis nulla superest obligatio renovandi. Confirmatur primò; quia alioqui finito tempore, pro quo rem tuam locasti, vel commodasti, tenereris contractum renovare, & tempus locationis, vel commodati prorogare, quod est absurdum. Secundò, quia cùm unusquisque sit arbiter rei suæ, non potest circa illam majus onus, & obligationem subire, quam ipse sponte susceperit, nisi lege aliqua ipsi fuerit impositum: nulla autem est lex, quæ dominum obliget ad subjiciendam rem suam novis obligationibus Emphyteuticis, postquam finitæ sunt generationes, pro quibus illam primò Emphyteuticavit. Pro eadem sententia nonnullos refert Augustin. Barbos. *hoc loco infra cit.*

Oppo-

3 Opposita nihilominus sententia, quod scilicet in terminis propositæ quæstionis dominus teneatur, seu compelli possit Emphyteusim renovare, est communissima, & receptissima, cujus primus Author fuit Bartholus, *in l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quotidiana, & æstiva*, quem sequuntur Baldus, Angelus, Imola, Fulgosus, Panormitanus, Felinus, Decius, & alij innumeri, quos longo ordine refert eos sequens Caldas *de renovatione quæst. 8. num. 2.* sequuntur etiam Julius Clarus *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 43.* Valascus *de jure Emphyteutico, quæst. 38. num. 17. & consult. 157. num. 1.* Emmanuel à Costa *de maioratibus, parte 1. in ult.* Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit, de locato, num. 161.* ubi ex Mantica refert ita fuisse resolutum in sacro auditorio, & Gabriel Pereira *decis. 31. num. 4. & decis. 128. num. 1.* Ex Theologis Azor *parte 3. libro 10. tract. de Emphyteusi, cap. 13. quæst. 2.* Rebellus *2. parte, lib. 13. quæst. 18. à num. 2.* ac novissimè relatis pluribus, Fragos. *tomo 3. disp. 9. §. 12. num. 5. & seqq. & disp. 14. §. 1. num. 1.* Et ita habet praxis in Lusitania recepta. Fundantur non in aliquo juris, aut justitię rigore, ex quo ultimus Emphyteuta, vel ejus successores dominum habeant obligatum ad dictam renovationem faciendam: nullam enim esse talem obligationem apertè convincunt rationes, quibus Molina in contrariam sententiam deflexit: sed in naturali æquitate, & communis utilitatis ratione; quæ postulat, ne à descendentibus, & successoribus ultimi Emphyteutæ auferantur res Emphyteuticæ, quas eorum maiores suo labore, & industria, citra ullam dominorum impensam, excoluerunt, ac meliores, & fructuosiores reddiderunt; cum sæpissimè contingat, ut alia bona eis non suppetant, quibus se, suumque statum, & dignitatem sustentare valeant. Nec verò domini, si eas res sibi auferre moliantur, avaritiæ, & cujusdam impietatis notam effugient, qua totius Reipublicæ oculos offendent. Merito proinde introductum fuit, ut finitis generationibus, pro quibus Emphyteusim primo concesserunt, eam renovare compellerentur in successoribus ultimi Emphyteutæ.

Adjuvatur hæc ratio ex *dicta l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quotidiana, & æstiva*, ubi dicitur, si Princeps concedat alicui personæ aquam publicam, ut suum prædium irriget, expirare quidem eam concessionem cum persona; at qui in tali prædio successerit, facilè novam ejusdem aquæ concessionem impetraturum; & additur ibidem: *Neque hoc est* (scilicet talis nova concessio) *beneficium, sed injuria, si quis forte non impetraverit.* Unde Glossa ibi, *verbo, impetrabile*, dicit, esse hoc simile investituræ feudorum, eo quod mortuo vassallo, facilè potest impetrare hæres masculus investituram, quia debet ei dari. Et ex *l. congruit, Cod. de locatione prædiorum civilium, lib. 11.* ubi deciditur, quod finita locatione, si primus conductor tantùm offert, quantum novus, debet ex æquitate præferri novo. Quibus textibus non leviter motus fuit Bartholus *supra* ad similem renovationem in Emphyteusibus adstruendam. 4

5 Variè tamen traditam communem sententiam ejus assertores explicant, ac limitant. Primò eam aliqui limitant, ut non procedat in Emphyteusi ecclesiastica. Ita sentiunt non pauci, quos nuncupatim refert Caldas *d. q. 8. de renovatione, n. 6.* Idque non levi juris fundamento, *ex Authent. de non alienand. rebus Ecclesiæ in d. §. quod autem ad finem*, ubi improbatur pactum, quod Ecclesia promittat, finita tertia generatione, se renovaturam Emphyteusim in descendentibus ultimi Emphyteutæ,

 illos-

illosque alijs præferet: additurque, non obstante ea promissione, posse Ecclesiam, finita ultima generatione, Emphyteusim sibi vendicare. Hanc tamen limitationem, saltem ut minus probabilem, nec satis æquam, plures alij rejiciunt, Bartholus *supra*, & alij ex antiquioribus, quos refert Caldas *sup. n.* 5. & sequitur *n.* 18. Consentiunt Julius Clarus *dicta quæst.* 43. *n.* 3. Gama *dec.* 326. *n.* 7. ubi pro hac parte judicatum refert in Senatu Lusitano contra Ecclesiam renovare renuentem, Valasc. *consult.* 123. *num.* 8. ubi etiam contra quoddam monasterium judicatum refert in supremo Senatu, *& consul.* 157. *n.* 1. Gabriel Pereira *decis.* 31. *num.* 5. Azor *dicto cap.* 13. §. *quæres quid dicendum*, Rebellus *dicta quæst.* 18. Fragos. *dicto* §. 12. *n.* 5. & Recentiores communiter. Atque ita habet praxis hujus regni. Fundamentum est, quia eadem æquitatis, & publicæ utilitatis ratio, quæ suasit, ut Emphyteuses sæculares renovari deberent, pari modo, imo fortius militat in Ecclesiasticis; cum Ecclesia æquior, ac benignior esse debeat, magisque ab omni avaritiæ specie aliena. Unde si prælatus Ecclesiasticus renovationem deneget, potest ab eo appellari ad ejus superiorem, ut monet Bartholus *supra*, & Caldas *de renovat. q.* 20. *n.* 8. tractans quomodo is, qui renovationem petit, se gerere debeat adversus dominum eam denegantem, quod prosequitur *num.* 9. Neque obstat textus *in dicto* §. *quod autem*, *Authent. de non alienan.* qui quidem, prædicta suadente æquitate, vel receptus non est, vel contraria consuetudine fuit abrogatus.

6 Secundò limitant alij, ut solùm procedat, quando dominus non vult Emphyteusim sibi retinere; quod tunc potius debeat eam denuò concedere descendentibus, vel successoribus ultimi Emphyteutæ, quam alijs. Ita Panormitanus *in cap. bonæ memoriæ*, *n.* 28. *de postulat. prælatorum*, & alij non pauci, quos refert, ac sequitur Gama *decis.* 41. *num.* 1. *vers. in hac igitur*, *& n.* 8. *vers. quarta consideratio.* Idemque sentit Emmanuel à Costa *dicto num. ult.* Qui omnes consequenter asserunt, non cogi dominum directum renovare Emphyteusim, si eam sibi velit. Putant enim æquitatem solùm postulare, ut in casu, quo dominus velit rem suam iterum dare in Emphyteusim, non alijs, quam descendentibus, & successoribus ultimi Emphyteutæ illam concedat, si eam velint. Et quidem id tantum persuadet textus *in dicta l. congruit*, *Cod. de locat. prædiorum civilium*, *lib.* 11. Nihilominus dictam communem sententiam intelligendam esse, quamvis dominus sibi vellet retinere finitam Emphyteusim, tenent Decius, Beroius, Hieronymus Gabriel, & Tobias Nonius, quos citat, & sequitur Caldas *d. q.* 8. *n.* 20. *&* 21. ubi testatur ita se vidisse judicatum adversus Dominam Izabellam Brigantiæ Ducissam. Tenent etiam Julius Clarus *dict. quæst.* 43. licet contrariam sententiam Panormitani appellet æquiorem, Rebellus *quæst.* 18. *n.* 5. & cæteri Doctores communiter. Ratio est, quia æquitas, in qua dicta communis sententia fundatur, militat etiam adversus dominos volentes sibi retinere Emphyteuses, ut satis constat ex dictis pro eadem communi sententia, & ita quotidie servatur in praxi.

Tertiò limitant alij, ut non procedat, quando dominus directus pro 7
suis necessitatibus vult Emphyteusim sibi retinere. Ita Beroius *consil.* 98. *n.* 16. Gama *dicta decis.* 41. *n.* 1. *&* 8. *considerat.* 4. dicens, præcedentem limitationem procedere à fortiori in hoc casu, Doctor Emmanuel Themudo *decis.* 73. *n.* 6. & alij. Fundamentum videtur esse, quia in tali necessitate æquitas postulat, ut potius domino ex re sua subveniatur, quam successoribus ultimi Emphyteutæ ex aliena, ex re scilicet Emphyteutica, quæ finitis genera-

nerationibus, quoad plenum dominiū reversa est ad dominum directum. At contrarium judicatum fuisse testatur Caldas *dicta quæst.* 8. *n.* 19. contra quoddam monasterium; *& num.* 21. similem sententiam latam refert contra Dominam Izabellam Brigantiæ Ducissam; ita quod nihil illis profuerit proprias necessitates allegasse. Quare hanc sententiam probat idem Caldas *n.* 22. Pro concordia tamen dicendum, primam sententiam veram esse, si urgens necessitas domino supervenit: secus verò, si talis necessitas non adsit. Ita sentiunt Rebellus *dicta quæst.* 18. *n.* 5. & Gabriel Pereira *decis.* 128. *num.* 2. referens in eandem sententiam Cald. *forens. consult.* 46. *num.* 4. Idem pro Emphyteusibus à Rege concessis decreverunt Senatores regij in quibusdam Capitulis, quæ ad verbum refert Caldas *dicta quæst.* 8. *num.* 3. Atque idem latè probat Valascus *consult.* 157. *à num.* 17. *usque ad* 28. firmans in casu supervenientis necessitatis non teneri dominum renovare: & ita etiam judicatum est in Senatu Ecclesiastico, ut videre est apud Themud. *supra sub num.* 12. *sententia* 2. Et hanc opinionem novissimè amplectitur Fragos. *dicta disp.* 9. §. 12. *num.* 4. & latius *disp.* 14. §. 11. ubi ex professo hanc rem pertractat, & quanta debeat esse necessitas, de quo etiam agit §. 1. *ejusdem disp. n.* 1.

8 Quartò limitant nonnulli, nisi in contractu Emphyteutico, de cujus renovatione agitur, posita sit clausula, quòd finitis generationibus res ad dominum revertatur liberè, & sine ullo impedimento. Ita sentit Socinus junior, *consil.* 9. *n.* 14. *vol.* 3. & Gama *d. decis.* 41. *n.* 6. *&* 7. ubi non semel ita judicatum fuisse refert, qui idem repetit *decis.* 326. *n.* 8. Atque hanc sententiam veriorem videri in stricta ratione disputandi fatetur Valascus *consult.* 123. *n.* 12. addens suis temporibus ita indubitanter judicari in Senatu Portuensi. Fundamentum est, quia pacta contrahentium servanda sunt, maximè verò adjecta in contractu Emphyteutico, ut in specie decernitur *l.* 2. *Cod. de jure Emphyteutico.* Neque hoc videri debet contra æquitatem; nam sibi imputent contrahentes, quod sub tali clausula, & conditione contraxerint.

Cæterùm non obstante dicta clausula, vel alia simili, debere concedi renovationem placuit Joanni de Imola, & Garciæ, quos citat, & sequitur Caldas *de renovat. q.* 8. *n.* 19. *& q.* 11. *n.* 21. ubi ait, licet opposita sententia vera sit in stricta juris disputatione, hanc tamen æquiorem esse, & Reipublicæ utiliorem; proindeque edictum de renovatione habere se instar edicti prætorij, quod semper summam æquitatem intuetur, spreto juris rigore. Item hanc sententiam consuetudini hujus regni magis consonam esse tradit Valascus *dicta consult.* 123. *n.* 13. affirmans multò plures pro hac parte latas esse sententias in supremo Senatu. Consentit Gabriel Pereira *dicta decis.* 11. *n.* 4. *&* 5. *decis.* 128. *n.* 2. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. §. 12. *num.* 8. *&* 9. *& disp.* 14. *n.* 2. Atque idem pro Emphyteusibus à Rege concessis decreverunt Senatores regij in Capitulis *supra n.* 7. memoratis. Consentit etiam Barbosa in *l.* 2. *Cod. de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum, num.* 401. Nititur hæc opinio, & recepta consuetudo in sæpe commemorata æquitate, quæ tanta est, ut non modo in ea versetur privata singulorum utilitas, sed ipsum etiam bonum publicum; ad quod spectat, ut Emphyteuses in successoribus ultimi Emphyteutæ renoventur. Unde quælibet clausulæ, & pacta talem renovationem excludentia, tamquam contra bonos mores, & publicam utilitatem apposita, rejicienda sunt. Quod usque adeo verum creditur, ut non immeritò dixerit Caldas *dicta quæst.* 11. *n.* 24. si dominus alicui jurasset, se non renovaturum Emphyteusim in successoribus 9

bus ultimi Emphyteutæ, tale juramentum non valere, neque obligare, utpotè contra bonos mores, & in præjudicium tertij. Atque ex his patet responsio ad fundamentum prioris sententiæ. Nam quod in *dicta l. 2. Cod. de jure Emphyteutico*, dicitur servanda esse pacta à contrahentibus adjecta, solùm
9 procedit de his, quæ vitio aliquo non laborant.

10 Quintò denique limitat Valascus *de jure Emphyteut. q. 2. n. 7.* ut solùm procedat dicta communis sententia, quando res Emphyteutica reperitur meliorata, ita ut nisi successor agnatus ostendat eam à suis maioribus melioratam, possit illi denegari renovatio. Putat enim æquitatem renovationis fundari in melioramentis, eo argumento, quod, ut ille refert, in omnibus Constitutionibus episcopatuum hujus regni agentibus de renovationibus Emphyteuticis fit mentio de melioramentis factis in re, cujus Emphyteusis petitur renovari. Nihilominus exulare hodie hanc limitationem, & sufficere, quòd res deteriorata non sit, ut debeat fieri renovatio, docent Garcia, *de expensis, c. 15. n. 18.* Cald. *dicta q. 8. n. 19.* & Gabriel Pereira *dicta decis. 128. n. 2.* ubi etiam pro hac sententia refert Decium, *consil. 131.* Ipse etiam Valascus hanc sententiam sequitur *consult. 101. n. 4.* ubi dicit contrariam obiter tantùm à se fuisse traditam loco superius allegato. Eandem ut veriorem amplectitur Fragos. *dicta disp. 14. §. 3. n. 3.* Et idem approbatur in Capitulis; *supra num. 7.* memoratis pro Emphyteusibus à Rege concessis. Non negant autem hi Doctores plurimum juvare melioramenta, ut renovatio concedi debeat; tunc enim summa æquitas postulat, ne renovatio denegetur, ut latè, & eruditè ostendit Caldas *de nominat. q. 23. à num. 58.* Unde Gama *decis. 326. n. 9.* supponens juxta suam opinionem, non deberi renovationem, quando in concessione Emphyteutica apposita est clausula, quòd finita Emphyteusi res liberè ad dominum revertatur, videtur approbare quorundam Senatorum sententiam, qui asserebant, si talis Emphyteusis esset notabiliter meliorata, non obstare illam clausulam, quominus possit peti renovatio, eo quod melioramenta justam causam præbeant non demittendi rem, & clausula illa intelligenda sit, nisi adsit justa causa petendi renovationem.

Ex hactenus dictis constat, causam renovationis Emphyteuticæ esse valde 11
favorabilem; siquidem vix hodie datur casus, in quo denegetur renovatio Emphyteusis finitæ, ob extinctas generationes, pro quibus concessa est. Qui favor eo usque processit, ut non modo compellatur dominus renovare officio judicis, quod non supponit propriam obligationem, *l. qui per collusionem, §. final. ff. de action. empti*, Caldas *de renovat. quæst. 10. n. 17. vers. ex quibus*, Gabriel Pereira *decis. 31. n. 4.* verùm jam hodie jus renovationis in bonis esse videatur, tamquam patrimonij pars, ita ut pro renovatione jus in re competat, ut tradit Gabriel Pereir. *supra*, post Valascum *consultat. 157. n. 32.* qui alios refert.

Quin etiam posse hoc jus renova- 12
tionis legari docet Gama *decision. 41. num. 4.* & ita usu receptum esse in hoc regno testatur Valascus *dicta consultat. 157. à num. 11.* & Gabriel Pereira *loco proxime citato, & decis. 128. n. 1. & 5.* idque judicatum fuisse in Senatu Bracharensi refert Caldas *de renovatione, quæst. 17. n. 20.* quamvis secundùm jus commune oppositum sequatur idem Caldas *num. 8. & quæst. 18. num. 21.* Itaque in hoc regno, si Emphyteuta, qui erat ultima persona in Emphyteusi nominationis, nominavit in testamento successorem in jure renovationis, competit tali nominato propria actio adversus dominum, ut Emphyteusim in eo renovet: & si talis Emphyteuta legasset jus illud uni

filio

filio, vel agnato; dominus vero alteri ejus filio, vel agnato investituram fecisset, potest legatarius revendicare ab alio Emphyteusim, ex ratione *l. 1 C. communia de legatis*, quia ubi primum cœpit posse illud jus legari, cœpit competere rei vendicatio, & hypothecaria pro jure, & re legata. Sic Gabriel Pereira *dicta decis.* 128. *num.* 5. affirmans ita judicatum esse in quadam causa, de qua ibi. Id tamen sic accipiendum esse monet idem Doctor *n.* 4. ut non legetur jus renovationis, nisi personæ, quæ juxta formam investituræ nominari posset, si adhuc concessio, & facultas nominandi duraret, argumento *l. locationis, & l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati.* Vnde si Emphyteusis fuerat concessa pro uno ex filijs, quem pater nominasset, solùm poterit ultimus Emphyteuta legare jus renovationis uni suorum filiorum: & si fuerat concessa cum libera facultate nominandi quamlibet personam, poterit legare jus renovationis etiam personæ extraneæ, ut notat idem Gab. Per. *dec.* 31. *n.* 7. Nec modo potest dictum jus legari, sed etiam concedi per actum inter vivos, ut probat idem Pereira *loco proximè citato*, *n.* 6. ubi testatur sic fuisse judicatum.

13 Illud etiam notatu dignum est, quod licet de rigore juris, ubi finitæ sunt generationes, pro quibus Emphyteusis fuit concessa, statim naturalis possessio, quam ultimus Emphyteuta habebat, consolidetur cum civili domini, imo ipsa civilis possessio domini ad se trahat naturalem, ac proinde statim dominus possit rem Emphyteuticam apprehendere, ac ejus possessionem capere, & interim, dum renovatio non petitur, frui, & lucrari ejus fructus, prout hæc omnia latè probat Caldas, *de renovat. quæst.* 10. *à num.* 3. *& quæst.* 18. *à num.* 18. Attamen hodie crescente nimium favore renovationis, jam in tribunalibus admittitur, ut proximior agnatus ultimi Emphyteutæ prætendens renovationem Emphyteusis finitæ, possit ejus possessionem occupare, nec teneatur eam dimittere domino possessionem ingredi volenti; & sic minime audiatur dominus se spoliatum querens. Ita se judicasse, & confirmatam fuisse sententiam in supremo Senatu hujus regni testatur Gabriel Pereira *dicta decis.* 31. *n. ult.* Eandem sententiam probat Valascus *consult.* 157. *vers. septimo*, & idem Gabriel Pereira *decis.* 128. *n.* 1. Fundatur primò, quia alioqui non posset facilè talis agnatus renovationem consequi, cùm Emphyteusim ad se reversam non ita facilè domini renovent. Secundò, quia jus petendi renovationem competit tamquam jus in re, ut ex Barth. & alijs tradit Valascus *proximè citatus num.* 32. Et verò officium judicis magna æquitate suffultum, quo dominus renovare cogitur, instar actionis realis se habet, ut latè probat Caldas *de renovat. q.* 10. *n.* 17. *vers. ex quibus summo.*

SECTIO SECUNDA.

Quibus competat, ac fieri debeat renovatio?

SVMMARIVM.

Renovatio Emphyteusis non debetur, nisi personis habentibus qualitates requisitas, juxta formam investituræ, seu primæ concessionis Emphyteuticæ; ita ut si Emphyteusis nondum esset finita, in eam essent successuræ, juxta formam investituræ, num. 14.

Si Emphyteusis finiatur ob caducitatem, eo quod deficiant ij, pro quibus concessa fuit, nemini debetur renovatio. n. 15.

Quando Emphyteusis fuit concessa pro viro, & uxore, & uno filio quem ultimus eorum nominaverit; nemini debetur renovatio, si ille filius post adeptam Emphyteusim sine liberis decedat, n. 16. *& seq.*

Hoc

Hoc verò intelligitur, nisi in concessione additum sit, ut si filium non habeant possit ultimus eorum conjugum nominare aliam personam. n. 18.

Cui competat jus renovationis, quando Emphyteusis nominationis pro tribus personis concessa finitur per mortem ultimæ personæ? n. 19.

14 IN hac quæstione hoc generale principium statuunt Doctores, renovationem Emphyteusis non deberi, nisi ijs personis, quæ juxta formam investituræ, seu primæ concessionis Emphyteuticæ, successuræ erant, si Emphyteusis nondum esset finita: seu in quibus reperiuntur qualitates requisitæ juxta formam investituræ. Admittunt hanc regulam, spectata communi sententia, obligationem renovationis agnoscente, Mol. *disp.* 484. *n.* 1. Gama *decis.* 326. *n.* 3. Cald. *de renov. q.* 9. *n.* 13. *&* 19. & Gabr. Pereira *dec.* 128. *n.* 4. argumento *l. locationis, & l. item quæritur, §. qui impleto, ff. locati* post Baldum, Paulum Castrensem, Decium, Beroium, & alios, quos refert Caldas *supra*; asserentes, semper esse recurrendum ad primam investituram tanquam ad fontem, & fundamentum, ex quo renovatio regulanda est. Ratio verò est, quia renovatio finitæ Emphyteusis nihil est aliud, quam prorogatio quædam primæ investituræ, & quasi continuatio illius: ergo juxta formam illius fieri debet, nec ullæ personæ illam petere possunt, nisi quæ habuerint qualitates in ipsa prima investitura requisitas: alioqui jam non esset propriè renovatio, ac prorogatio antiquæ investituræ, sed novæ cujusdam Emphyteusis constitutio, ad quam dominus cogi non potest.

15 Vnde infertur primò, si Emphyteusis finiatur ob caducitatem, eo quod deficiant ij, pro quibus concessa fuit, nemini deberi renovationem; ut si Emphyteusis erat concessa, verbi gratia, pro Titio, & ejus descendentibus, nemo, his deficientibus, habet jus petendi renovationem, etiam si extent agnati, & consanguinei ultimi possessoris. Ita Caldas *de renovat. q.* 8. *n.* 1. *vers. aliquando*, Molina *supra*, & Rebellus *lib.* 13. *q.* 18. *n.* 32. Constat facilè ex supra jacto principio. Nam quando Emphyteusis hoc modo intercidit, nulla superest persona quæ habeat qualitates in investitura requisitas; siquidē propterea talis Emphyteusis finita est, quia defuerunt personæ illis qualitatibus præditæ. Accedit, quod renovatio Emphyteutica introducta est juxta id, quod in simili disponitur *l.* 1. *§. permittitur, ff. de aqua quotidiana, & æstiva*, ut sect. præcedenti visum est In ea autem lege solùm dicitur deberi beneficium renovationis, quando concessio expiravit ob finitam generationem, seu vitam, pro qua res fuit concessa. Quare si Emphyteusis non expiret ob ejusmodi causam, id est, ob finitas generationes, seu vitas, ad quas fuit concessa, sed per prædictam caducitatem, vel aliam causam, renovatio non debetur. Et hæc videtur esse recepta Doctorum sententia, quæ teste Caldas *quæst.* 9. *de renovat. n.* 9. solùm admittit deberi renovationem, quando Emphyteusis propter finitam generationē extinguitur.

16 Infertur secundò, quando Emphyteusis fuit cōcessa pro viro, & uxore, & uno filio utriusque, quem nominaverit, qui ultimus eorum remanserit, nemini deberi renovationem, si ille filius post adeptam Emphyteusim sine liberis decedat. Ita Caldas *dicta q.* 9. *de renovat. num.* 13. *&* 32. resolvens in hac specie Emphyteusim regredi ad dominum in perpetuum, etiam si filius ille ultima persona fratrem relinquat hæredem, vel alium quemcumq; agnatum. Probat, quia durante illa investitura, non posset juxta eam nominari frater, aut alius collateralis possessoris, sed tantùm filius, aut descendens, ut cōstat ex *Ordinat. reg. lib.* 4. *tit.* 37. *§.* 6. ergo

ergo cùm renovatio non debeatur, nisi personæ habenti qualitates in investitura requisitas, ita ut juxta ipsam investituram posset succedere in Emphyteusim, si concessio duraret, ut supra constituimus, consequens est, ut non existente filio, aut alio descendente ultimi possessoris, sed tantum fratre, aut alio collaterali, renovatio non debeatur.

17 Dices, fratrem illius filij ultimæ personæ habere qualitates in investitura requisitas, ut nominari posset durante investitura, cum parenti utriusque concessa esset facultas nominandi unum ex filijs, quem vellet; ac proinde ex hoc capite non excludi à jure petendi renovationem post mortem sui fratris ultimi possessoris. Respondet Caldas, *dicta q. 9. n. 31. & 32.* licet frater nominati eligi posset, antequam alter nominaretur, attamen ubi semel fuit exclusus, altero nominato, in perpetuum mansisse exclusum; ac si nunquam ad Emphyteusim fuisset vocatus, nec jam in eo considerari posse qualitates in investitura requisitas, ut posset nominari, si illa in fratre nominato non extingueretur; cùm in ea solùm detur facultas nominandi filium; quod intelligitur de filio ultimi possessoris, & non primi acquirentis: unde cum frater nominatus, & ultimus Emphyteusis possessor sine filijs decesserit, non potest ejus frater pertendere renovationem, quasi habeat qualitates in investitura requisitas, ut nominari posset, si investitura in fratre nominato non fineretur.

18 Limitat verò hanc resolutionem idem Caldas *dicta q. 9. num. 13. fine*, nisi in prædicta investitura addita sit clausula sæpissime apponi solita, ut si filius non adsit, possit nominari alia persona, quam ultimus illorum conjugum elegerit. Quia per ejusmodi clausulam redditur Emphyteusis transitoria in extraneum, & si talis investitura non fineretur in filio nominato, posset talis filius sobole carens nominare aliam personam, quam vellet; atque adeo fratrem, vel quemlibet alium collateralem. Vnde jam in fratre, & cæteris collateralibus reperiuntur qualitates in investitura requisitæ, ut nominari possent, si investitura duraret; proindeque à renovatione petenda excludi non possunt, juxta principium supra jactum.

19 Infertur tertiò, quando Emphyteusis concessa pro tribus personis cum libera facultate, ut prima possit nominare secundam, & secunda tertiã, quam voluerit, finitur per mortem ultimæ personæ, competere posse jus renovationis tum descendentibus ultimi possessoris, tum etiam collateralibus, imò & extraneis, quos ille reliquerit hæredes. Admittunt hanc illationem Gama *decis. 316. n. 7.* Valasc. *consult. 157. n. 6.* Caldas *de Renovat. q. 9. n. 26.* Rebellus *d. quæst. 18. n. 32.* & alij, quos infra referemus. Ratio constat ex dictis; siquidem tam consanguinei, quàm extranei habent qualitates in tali investitura requisitas, ut nominari possent, si investitura in tertia persona non finiretur. Constat autem ex dictis, successores ultimi Emphyteutæ, in quo Emphyteusis finitur, posse petere renovationem, si habeant qualitates in investitura requisitas. Quæ resolutio, quatenus etiam hæredes extraneos ad petendam renovationem dictæ Emphyteusis admittit, non solùm procedit in Emphyteusi profana, sed etiam in ecclesiastica, ut tradit Gama *supra*, referens ita fuisse judicatum in Senatu; quia licet Emphyteusis ecclesiastica non soleat concedi pro hæredibus extraneis, tamen hoc fallit, quando conceditur cum libera facultate nominandi quamlibet personam, ut post Gamam, & alios bene docet Gabriel Pereira *decis. 41. n. 7.* & indicat Valascus *supra*.

Cæterùm ut prædicta altius explicentur, usuique accommodentur, nonnullas

nullæ dubitationes expediendæ sunt.

An is, qui juxta supradicta petere potest renovationem Emphyteusis, debeat esse hæres ultimi possessoris?

§. I.

SUMMARIUM.

Si Emphyteusis sit hæreditaria, nemo, ea finita, potest petere renovationem, nisi sit hæres ultimi possessoris, ejusque hæreditatem adeat. n. 20.

Utrùm ad petendam renovationem Emphyteusis non hæreditariæ requiratur; quod petens sit hæres ultimi possessoris? Suadetur sententia affirmativa. n. 21.

Traditur, & præfertur sententia negativa. n. 22. & seqq.

Quando Emphyteusis fuit concessa cum facultate nominandi quamlibet personam, verius judicatur, non posse petere ejus renovationem; nisi qui fuerit hæres ultimi possessoris, aliamve causam ab eo habuerit. n. 25.

Utrùm in hoc casu sufficiat esse hæredem institutum, licet hæreditatem non acceptet? ibidem.

Solvuntur fundamenta sententiæ, quæ absolutè affirmat, requiri qualitatem hæredis, ut quis possit petere renovationem Emphyteusis non hæreditariæ. n. 26.

20 PRima dubitatio est, an is, qui juxta supradicta petere potest renovationem Emphyteusis, debeat esse hæres ultimi possessoris? In hac difficultate certum est, si Emphyteusis sit hæreditaria, neminem posse renovationem petere, qui hæres non sit. Ita omnes Doctores in sequenti puncto referendi. Ratio patet ex dictis, nam qui hæres non est, caret qualitate requisita in investitura talis Emphyteusis: nemini autem competit jus renovationis, qui non habeat qualitatem in investitura requisitam. Nec satis erit esse hæredem institutum, vel ab intestato relictum, nisi re ipsa hæreditatem acceptet; tum quia non acceptans hæreditatem non est re ipsa hæres: tum maximè, quia nemo potest succedere in Emphyteusi hæreditaria, nisi acceptet hæreditatem, ut alibi ex omnium sententia docuimus: ergo neque renovationem ejus petere potest, qui hæreditatem repudiaverit. Dices, sufficere, quod sit hæres primi acquirentis, sive immediatus, sive per intermedios successores; & ita non requiri, quod ullo modo sit hæres ultimi possessoris; nam ad succedendum in Emphyteusim hæreditariam satis est esse illo modo hæredem primi acquirentis, ut tenet communis sententia, quam multis relatis sequuntur Pinel. *in l. 1. Cod. de bonis maternis, p. 3. n. 91. vers. ad prædicta*, Valasc. *de jure Emph. quæst. 44. n. 19.* & Cald. *de nominat. quæst. 22. n. 39. & q. 24. n. 22.* Respondeo negando assumptum. Primò, quia longe probabilius est, ad succedendum in talem Emphyteusim ex vi investituræ, requiri esse hæredem ultimi possessoris, ut cum Curtio seniore, Mol. Theolog. & alijs probavimus *disp. 5. sect. 1. n. 7.* Secundò, quia æquitas, ex qua inducta fuit obligatio renovandi finitam Emphyteusim, solùm consideratur respectu successorum ultimi possessoris, ut sumitur ex *l. 1. §. permittitur. ff. de aqua quotidiana, & æstiva*, ex qua dicta obligatio renovandi ortum habuit, ut tradunt Valasc. *consult. 123. n. 6.* & Caldas *de renovat. quæst. 9. n. 31. & 33.*

21 Controversia verò est, an etiam ad petendam renovationem Emphyteusis non hæreditariæ, seu de providentia, requiratur similiter esse hæredem ultimi possessoris? Affirmat absolutè relatis alijs Gama *decis. 326. n. 5.* & Caldas latè hanc sententiam probans *quæst. 9. de renovat. a n. 20.* dicens esse

esse communem. Nititur primò authoritate Accursij *in dicto §. permittitur, verbo, impetrabile*, quatenus ex illo textu deducit, quod finito feudo ob extinctam generationē potest hæres masculus facilè impetrare renovationem. Quam Glossam ibi approbat Bartholus; unde videtur probare etiam hanc sententiam. Secundò, quia jus petendi renovationem est hæreditarium, ut hanc eandem opinionem sequens tradit Petrus de Anchara *consil.* 133. & videtur constare ex dictis, *sect. præcedente*, *num.* 12. ubi diximus, hoc jus videri esse in bonis tamquam patrimonij partem, & legari posse ab ultimo Emphyteuta: ergo spectat ad hæredes ipsius ultimi Emphyteutæ, quemadmodum cætera bona patrimonialia illius. Tertiò denique, quia ut aliquis possit petere renovationem debet repræsentare ultimum Emphyteutam; quod est proprium hæredis, qua talis, qui ut sic defunctum repræsentat. Admittit verò Cald. *dicta q.* 9. *num.* 28. cum Decio *consil.* 78. *num.* 3. & alijs, ut quis sufficienter defunctum Emphyteutam repræsentet, ad hoc ut renovationem petere possit, satis esse, quod causam, seu titulum ab eo habeat, ut si ultimus Emphyteuta, dum viveret, illi donavit, aut legavit Emphyteusim: unde generaliter docet, neminem posse renovationem petere, qui non sit hæres, aut quasi hæres ultimi Emphyteutæ, repræsentando illum ut authorem, à quo titulo universali, aut saltem particulari jus obtineat.

22 Contrariam nihilominus sententiam, scilicet non requiri, quod petens renovationem Emphyteusis de providentia sit hæres ultimi possessoris, tenent Decius latè id probans *dicto consil.* 78. *à num.* 3. Rippa *in l.* 1. *n.* 8. *ff. de privilegijs creditorum*, Romanus *consil.* 22. *fine*; Valascus *consultat.* 101. *num.* 2. *&* *consult.* 157. *num.* 4. Themudo *decis.* 75. *num.* 3. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 14. §. 1. *n.* 7. Eandem sententiam videtur tenere Barthol. *in d. l.* 1. *ff. de privilegijs creditorum*, quatenus dicit, quod ad petendam renovationem Emphyteusis concessæ, in tertiam generationem admitti debent cognati ultimi possessoris, si Emphyteusis pro cognatis concessa erat; ubi solum postulat, quod petens renovationem habeat qualitates in investitura requisitas; quare cum qualitas hæredis non postuletur in investitura Emphyteusis non hæreditariæ, planè admittit, eam qualitatem non requiri ad petendam renovationem talis Emphyteusis. Neque contrarium docuit *in d. §. permittitur*, quia ibi solùm dicit, quod descendentes ultimi Emphyteutæ possunt petere renovationem. Item non requiri hæredis qualitatem, ut renovatio consanguineis ultimi Emphyteutæ debeatur, decreverunt Senatores regij in Capitulis circa Emphyteuses à Rege concessas, quæ habentur apud Caldas *de renovat. q.* 8. *n.* 3. Tenet etiam apertè eandem sententiam Mol. Theolog. *d. disp.* 484. *n.* 1. & plures pro eadem refert Cald. *d. q.* 9. *n.* 19.

23 Probatur hæc sententia primò, argumento textus *in dicto §. permittitur*, ubi jus aquæ ducendæ in propriū fundum, quod fuerat concessum personæ, & cum ea extinctum, dicitur renovari debere in persona sequentis domini, in quem fundus transivit, nec requiritur, quod talis dominus sit hæres, aut causam habeat à priore domino, qui illud jus habebat. Secundò, quia renovatio nihil est aliud, quam quædam extensio, & prorogatio prioris concessionis: ergo ut peti possit, solùm requiritur, ut qui eam petit, habeat qualitates requisitas in investitura, propter quas ultimus possessor Emphyteusim acquisivit: unde cùm ad eam acquirendam non fuerit necessaria qualitas hæredis, siquidem non erat Emphyteusis hæreditaria, ut supponimus, consequens est non requiri eam qualitatem, ut

ut renovatio peti possit. Tertiò denique, quia Emphyteusis non hæreditaria nullam habet connexionem cum hæreditate: ergo liberè, & sine causa ad ejus renovationem obtinendam postulatur, ut petens sit hæres.

24 Hæc sententia mihi videtur longe verior, ac pene evidens, quando Emphyteusis solùm fuit concessa pro descendentibus, & consanguineis primi acquirentis, non facta mentione hæredis. In qua specie loquuntur Decius, Molina, & plerique alij allegati; cùm enim in ejusmodi investitura solùm attendatur ad conjunctionem sanguinis, ut quis ad talem Emphyteusim censeatur vocatus, eaque conjunctio fuerit tota ratio, ob quam ultimus Emphyteuta Emphyteusim acquisivit, ea tantum absque qualitate hæredis adæquatum præstat fundamentum, ad renovationem ejusdem Emphyteusis impetrandam.

25 Quando autem Emphyteusis concessa fuit cum facultate nominandi quamlibet personam, ut quod prima persona possit nominare secundam, & secunda tertiam, quam voluerit, non est res adeo manifesta. At in hac etiam specie non requiri qualitatem hæredis, ut quis possit renovationem petere, docet Valascus *dict. consult.* 157. *n.* 5. asserens, quod tunc sufficiet esse de descendentibus, vel agnatis, licet hæres non sit, cùm talis Emphyteusis non sit hæreditaria, sed tantùm de providentiâ; ut tenet communis sententia, à qua immerito recedit Molina dicens esse simpliciter hæreditariam, *disput.* 479. *num.* 3. *&* *disp.* 480. *num.* 9. *ad medium.* Verius nihilominus credo, requiri in hoc eventu, ut petens renovationem sit hæres ultimi possessoris, aut saltem causam ab illo habeat, quemadmodùm opinatur Caldas *supra.* Quia licet ejusmodi Emphyteusis sit tantùm de providentia, magnam tamen habet affinitatem cum simpliciter hæreditaria, & cum non respiciat conjunctionem sanguinis, aut similem qualitatem specialem, sed tantùm nominationem, & electionem, non videtur posse aliquem petere ejus renovationem, nisi sit hæres ultimi possessoris, aliamve causam ab illo habeat, ratione cujus censeatur ab eo electus, ut ad Emphyteusim admittatur. Fortè autem in hac specie sufficiet esse hæredem institutum, quamvis hæreditatem non acceptet, cùm eo ipso, quod est institutus hæres, sufficienter videatur electus, ac nominatus ad talem Emphyteusim per renovationem obtinendam.

Sic explicata secunda sententia, respondetur facilè ad fundamenta, 26 quæ pro prima adducta sunt. Ad primum petitum ex Glossa Accursij *in dicto* §. *permittitur*, respondet bene Decius *d. consil.* 78 *sub n.* 6. eam Glossam posse dupliciter exponi. Primò, ut per hæredem masculum intelligat filium, licet hæres non sit. Quæ expositio est conformis eidem Accursio *in l. ex facto*, §. *ult. verbo sine hærede*, *ff. ad Trebellianum*, ubi cum fideicommissum relinquitur sub conditione, si institutus decesserit sine hærede, ait deficere eam conditionem, si adsit filius, quamvis hæres non sit. Secundò, ut si intelligatur de vero hærede, solùm procedat in feudo hæreditario juxta formam investituræ. Ad secundum respondet idem Decius, quod dicitur, jus petendi renovationem esse hæreditarium, intelligi debere, quando defunctus, ex cujus persona renovatio postulatur, feudum, aut Emphyteusim habebat jure hæreditario, secundùm formam investituræ, id est, quando Emphyteusis erat hæreditaria: secus autem, quando solùm erat ex pacto & providentia. Quæ responsio mihi placet. Neque obstat, quòd etiam quando Emphyteusis non est hæreditaria, potest ultimus Emphyteuta relinquere jus petendi renovationem

uni

uni ex filijs, quem elegerit, imo & personæ extraneæ, si Emphyteusis ad extraneos transire poterat. Nam hoc jus tum temporis est instar illius juris, quod habens facultatem nominandi ad Emphyteusim tribuit personæ nominatæ, quod utique hęreditarium non est, etiam si nominatio fiat in testamento, & potest acceptari repudiata hæreditate nominantis, ex omnium sententia. Ad tertium denique respondetur ex eodem Decio, negando jus petendi renovationem Emphyteusis non hæreditariæ fundari in repræsentatione ultimi Emphyteutæ per successionem hæreditariam, cùm satis sit, quod in petente renovationem talis Emphyteusis reperiatur illa qualitas, ratione cujus Emphyteusis ad ipsum ultimum Emphyteutam pervenit.

Utrùm hæredibus extraneis competat jus renovationis, exclusis consanguineis ultimi Emphyteutæ, qui hæredes non fuerint?

§. II

SUMMARIUM.

Si Emphyteusis fuerit simpliciter hæreditaria, competit jus renovationis solis hæredibus ultimi Emphyteutæ, exclusis omnibus alijs etiam consanguineis. n. 27.

Hoc verò intellige cum moderatione, quæ ponitur n. 31.

Si Emphyteusis solùm esset hæreditaria mistè, ut concessa pro descendentibus hæredibus; & ultimus possessor solùm relinqueret hæredes extraneos, non competit renovatio talibus hæredibus extraneis. num. 28.

Si Emphyteusis fuerit solùm de providentia, transitoria tamen ad extraneos, ut concessa pro tribus personis cum libera facultate nominandi, competit renovatio hæredibus ultimæ personæ, licet sint extranei: hique præferuntur quibuslibet non hæredibus, licet sint agnati. n. 29.

Neque oportet, quòd in tali Emphyteusi facta sint meliorationes ab illa ultima persona. n. 30.

Si tamen dicta ultima persona jus renovationis donasset, aut legasset alicui non hæredi, tali donatario, vel legatario competit renovatio. n. 31.

Si Emphyteusis sit de providentia, quæ ad extraneos transire non possit, competit renovatio solis consanguineis ultimæ personæ habentibus qualitatem in investitura requisitam, licet hæredes non sint. n. 32.

27 Secunda dubitatio est, utrùm hæredibus extraneis competat jus renovationis, exclusis consanguineis ultimi Emphyteutæ, qui hæredes non fuerint? Respondeo, & dico primò. Si Emphyteusis fuerit hęreditaria simpliciter, pertinet jus renovationis ad hæredes ultimi possessoris, quicunque illi sint, & cæteri omnes, etiam consanguinei, excluduntur. Ita expresse Rebellus 2. *p. lib.* 13. *q.* 18. *n.* 32. Consentit Mol. *d. disp.* 484. *n.* 1. & videtur esse communis sententia, licet non ita expresse à DD. tradatur, ut ex sequentibus constabit. Probatur facilè ex dictis, quia renovatio ijs tantum competit, ad quos Emphyteusis juxta investituram deveniret, si nondum essent finitæ generationes, pro quibus fuit concessa, ut initio hujus sectionis probatum est: Emphyteusis autem simpliciter hæreditaria, si nondum esset finita, solùm ex vi investituræ devenire poterat, & deberet, ad hęredes ultimi possessoris, etiam si forent prorsus extranei: esset enim pars hæreditatis, illamque augeret; ergo ipsis tantum hæredibus ejus renovatio competit, cæteris omnibus, etiam sanguine conjunctissimis, exclusis.

Dico secundò. Si Emphyteusis 28 solùm

solùm esset hæreditaria mistè, ut concessa, verbi gratia, Titio, & hæredibus ab eo descendentibus, vel de ejus familia, tunc si ultimus possessor, in quo Emphyteusis finitur, solos extraneos hæredes relinquat (ut quia filijs caruit, nec aliquem consanguineum hæredē reliquit; vel quia ex legitima causa filios exhæreditavit, & extraneos instituit) non competit renovatio talibus hæredibus extraneis, ut citati Doctores notant; quia nimirum tales hæredes carent qualitate requisita in investitura, ut Emphyteusis ad eos transiret, si nondum finita esset. Neque verò, talibus hæredibus hac ratione exclusis, renovatio debebitur consanguineis ejusdem ultimi Emphyteutæ, ut bene Valascus *consult. 157. num. 4.* cùm careant qualitate hæredis, quæ juxta formam investituræ requiritur ad succedendum in talem Emphyteusim; nisi fortè Emphyteusis fuisset eo modo cōcessa pro conservanda familia primi Emphyteutæ juxta ea, quæ à nobis tradita sunt *disp. 5. sect. 1. dub. 3.*

29 Dico tertiò. Si Emphyteusis fuerit tantum de providentia, sic tamen, ut ad extraneos transire possit, ut cōcessa pro tribus personis cum libera facultate, ut prima possit nominare secundā, & secunda tertiam, quam voluerit, tunc finita Emphyteusi per mortem ultimæ personæ, competit renovatio hæredibus talis personæ, licet sint extranei, & præferuntur quibuslibet non hæredibus etiam agnatis. Ita Valascus *d. consult. 157. n. 6.* Gama *dec. 326. n. 7.* Cald. *de renov. q. 9. n. 26.* Fragos. *tom. 3. disp. 14. §. 1. n. 6.* & alij; estque de mente Alexandri, Imol. Hipol. & Rip. quos præcitati referunt, quatenus asserunt, posse hæredes extraneos renovationē petere. Quod intelligendum est, quando Emphyteusis ad extraneos transire poterat, juxta formam investituræ. Eandem sententiam tenet fe ipsa Molin. *d. disp. 484. n. 1.* ubi loquendo de Emphyteusi temporali simpliciter hæreditaria, & dicendo, quod ea finita, cōpetit renovatio hæredibus ultimi Emphyteutæ, sub ea cōprehendit Emphyteusim liberæ nominationis, quam simpliciter hæreditariam existimat, ut jam supra notavimus. Et hæc est etiā mens Rebelli proximè citati.

Fundamentum hujus resolutionis constat satis ex dictis. Nam cùm ad succedendum in ejusmodi Emphyteusim quandiu durat ejus investitura, nō postuletur cōjunctio sanguinis, sed tantū nominatio, seu electio, impertinens est qualitas consanguinitatis ad petendam ejus renovationē, postquā finita est; & potius attendi debet ad qualitatē hæredis, cum eo ipso, quod quis est institutus ab ultimo Emphyteuta, electus ab eo censeatur ad talem Emphyteusim; & sic habere qualitatē, quæ juxta investituram requiritur ad eam obtinendam; quod sufficit, ut renovationem postulare possit. Ex quibus ita judicatum esse pro uxore ultimi possessoris, à quo hæres fuit instituta, non obstante, quod esset extranea, testātur Gam. & Valasc. *loc. supra cit.* Maximè verò procedit tradita resolutio, quando in re Emphyteutica factæ sunt meliorationes non parvi momenti ad hæredes ultimi Emphyteutæ spectantes, ut notavit Gam. *d. dec. 326. n. 7.* & censuerunt Senatores regij in Capitulis *sup. cit. n. 22.* pro Emphyteusibus à Rege ad certas vitas concessis. Verùm & si nullæ tales meliorationes factæ sint, tradita resolutio sustinēda est, quamvis in dictis Capitulis dicatur, debere tunc renovationem fieri proximiori cōsanguineo ultimi possessoris. Quod in specie, de qua loquimur, non videtur satis probabile.

Intellige verò prædictam resolutionem, nisi ultimus Emphyteuta jus petendi renovationem donasset, aut legasset alicui non hæredi, sive cōsanguineo, sive extraneo. Tunc enim talis donatarius, vel legatarius renovationem petens, mortuo Emphyteuta, audiendus erit, & præferendus hæredibus; quia illud 30 31

illud jus ita hodie censetur proprium ultimi Emphyteutæ, ut illud possit donare, & legare cuilibet personæ, quæ juxta investituram succedere posset in Emphyteusim, si nondum esset finita, ut cum Gama, Valasco, Gabr. Pereira, & alijs notavimus *sect. præcedenti, num. 12.* Vnde cùm tam consanguineus ultimi Emphyteutæ, quam etiam extraneus succedere posset in Emphyteusim, de qua hîc loquimur, consequens est posse illi dictum jus donari, & legari; ac proinde talem donatarium, vel legatarium, ipsis hæredibus in petenda renovatione præferendum esse; quemadmodum ferè in specie docet Gabriel Pereir. *decis. 31. n. 6. & 7.* Quod pari ratione dicendum est, quando Emphyteusis esset hæreditaria simpliciter, quia in hoc casu jus renovationis est simpliciter hæreditarium; ac proinde legari potest cuilibet personæ, quemadmodum ipsa Emphyteusis posset, si in persona legantis non finiretur, ut tradidimus *disp. 4. sect. 7. §. 4. & disp. 5. sect. 1. n. 5.*

32 Dico quartò. Si Emphyteusis sit de providentia, quæ ad extraneos trāsire non possit, tunc ea finita competit jus renovationis solis cōsanguineis ultimæ personæ habentibus qualitatem juxta formam investituræ requisitam, sive hæredes sint, sive non hæredes. Hæc est cōmunis sententia, & constat apertè ex hactenus dictis. Vnde, si Emphyteusis esset concessa, verbi gratia, pro Titio, ejus uxore, & uno filio utriusq; quem ultimus eorū nominasset, tunc per mortem illius filij ultimæ personæ, ejus tantùm filijs, vel descendentibus renovatio competit, ut constat ex dictis *supra n. 17.* Nec oportet, quod sint hæredes, ut tradidimus *§. præcedente, num. 22. cum seqq.* Si autem esset concessa sub eadem forma, addita tamen clausula, ut in defectum filij, posset ultimus eorum nominare quem vellet de sua familia, tunc vacāte Emphyteusi per mortem talis nominati, possunt ejus filij, si eos relinquat, vel alij consanguinei renovationem petere, non autē hæredes extranei, cùm hi non habeant qualitatem, quæ secundùm formam investituræ ad eam Emphyteusim requiritur.

Cuinam ex filijs, vel consanguineis renovanda sit Emphyteusis, quando sunt plures filij, vel consanguinei ultimi Emphyteutæ, qui juxta supradicta possint renovationem petere?

§. III.

SUMMARIUM.

Si ultimus Emphyteuta in casu proposito jus petendi renovationem prælegavit uni filiorum, is cæteris præferendus est. n. 33.

Et idem dicendum de filio, quem talis Emphyteuta nominavit in jure renovationis: potestque talis nominatio fieri tam per ultimam voluntatem, quàm per actum inter vivos. eodem n. 33.

Si prædictus Emphyteuta nullum ex filijs nominavit in jure renovationis, potest dominus eligere ex illis, quem maluerit, eique Emphyteusim renovare, etiam præferendo fœminam masculo, & juniorem seniori. n. 34.

Si Emphyteusis erat transitoria ad quoslibet de familia primi acquirentis, tunc deficientibus filijs ultimi Emphyteutæ, competit jus renovationis proximiori consanguineo: quid, si sint plures ejusdem gradus proximioris? n. 35.

Et quid, si ultimus Emphyteuta descendentes reliquit? n. 36.

Proponitur, & excluditur gravis quædam objectio contra prædictas assertiones n. 37. & seqq.

Æstimatio renovationis Emphyteusis finitæ non dividitur, neque in collationem adducitur, licet Emphyteusis talis esset, ut si

si non esset finita, dividenda foret illius æstimatio inter successores Emphyteutæ defuncti. n. 38.

33 Tertia dubitatio est, cuinam ex filijs, vel consanguineis renovanda sit Emphyteusis, quando sunt plures filij, vel consanguinei ultimi Emphyteutæ, qui juxta supra dicta possent renovationem petere; ut v. g. quando Emphyteusis erat hæreditaria, & ultimus Emphyteuta plures filios, vel consanguineos reliquit hæredes: vel quando fuerat concessa pro uno ex filijs, vel consanguineis in ultima vita nominando, per cujus mortem finita est? Pro responsione sit prima assertio. Si ultimus Emphyteuta jus petendi renovationem prælegavit uni filiorum, is cęteris præferendus est, ut per Valascum, *consult.* 157. *num.* 11. & Gabrielem Pereira *decis.* 31. *n.* 4. *&* 7. *& decis.* 128. *n.* 3. *&* 5. qui tenet, jus renovationis legari, & prælegari posse, maximè in hoc regno, ubi id consuetudine receptum esse affirmant: eandem verò sententiam secundùm jus cõmune probant Iason, Afflictis, Antonius Gomes, & alij apud Gabr. Pereiram *dicta decis.* 128. *n.* 3. quibus adde Decium *d. consf.* 78. & alios, quos ibidem refert, licet oppositum doceat Caldas *de renovat. q.* 18. *n.* 21. & idem erit de filio, quem ultimus Emphyteuta in dicto jure renovationis nominaverit, qui pari ratione cæteris pręferetur, ut per Senatores Bracharenses in quodam Aresto, quod ad verbum refert Caldas *de renovat. q.* 17. *num.* 20. ubi censuerunt, deferendum esse ejusmodi nominationi factæ in testamento; quæ quidem similiter valeret, si fieret inter vivos; nam dictum jus renovationis etiam inter vivos donari potest, ut probat Gab. Pereira *d. decis.* 31. *n.* 6. ubi juxta hanc sententiam judicatum esse affirmat.

34 Secunda assertio. Quando ultimus Emphyteuta plures reliquit filios, quin aliquem in jure renovationis nominaret, potest dominus eligere ex eis, quem maluerit, eique Emphyteusim renovare, etiam præferendo fœminam masculo, & juniorem seniori. Ita Caldas *de renovat. q.* 17. *à num.* 26. *& quæst.* 18. *à num.* 22. quibus locis pro eadem sententia refert Baldum, Palatium, Parisium, & plures alios, qui etiam in feudis admittunt posse dominum in præjudicium masculorum fœminam ejusdem gradus admittere, quando feudum per mortem ultimi vassalli aperitur non obstante, quod attento jure feudorum fœmina non succedat in feudo, idem relatis alijs tradit Fragos. *tom.* 3. *disp.* 14. §. 1. *n.* 9. *&* 10. Fundamentum est. Primò, quia si Emphyteuta ex dominica cõcessione facultatem habet eligendi filium, vel filiam pro suo arbitrio, ut in Emphyteusim succedat, cui ipse dominus finita jam Emphyteusi similem facultatem non habebit circa rem suam, ut ex pluribus pari jure renovationem petentibus eligere possit, quem maluerit? Secundò, quia cùm renovatio Emphyteusis non debeatur ex rigore juris, sed tantùm ex æquitate, seu ex officio judicis in sola æquitate fundato, ipsa ratio postulat, ut salva tali æquitate, dominus quam minime gravetur: igitur hoc saltem illi relinqui debet, ut ex paribus possit gratificari, cui maluerit, quod permultis exemplis, in quibus est locus gratificationi, illustrat Caldas, *dicta q.* 17. *à. n.* 32. *& q.* 18. *à n.* 24. Ex quibus ita judicatum fuit in Curia Bracharensi, ut constat ex Aresto, quod ad verbum refert idem Caldas *dicta quæst.* 17. *à n.* 38. ubi legitima decernitur renovatio facta filiæ juniori ultimi Emphyteutæ, excluso filio masculo, & altera filia maiore natu, eo quod inter eos dominus potuerit eligere, & gratificari, cui vellet.

Tertia assertio. Quando Emphyteusis juxta formam investituræ non erat restricta ad solos filios, & descendentes primi acquirentis, sed transire pote- 35

poterat ad alios de illius familia, tunc deficientibus filiis ultimi Emphyteutæ, competit jus renovationis proximiori consanguineo: si autem sint plures ejusdem gradus proximioris, competit ei, quem ultimus Emphyteuta, vel dominus elegerit, juxta proximè dicta in duabus præcedentibus assertionibus; ex quibus hæc ultima pars præsentis assertionis satis constat. Priorem verò partem, quod scilicet renovatio in proposito casu competat proximiori consanguineo, tradunt Decius *consil. 78. n. 3.* Præpositus, Afflictis, & alij, quos citat, & sequitur Caldas *de renovat. q. 9. n. 34. & q. 13. n. 3.* ac sæpe alibi; estque prorsus indubitata ex illa generali juris regula; quod quando plures sunt vocati nomine collectivo, & indefinito, ut familiæ, generis, cognationis, descendentium, &c. intelliguntur vocati ordine successivo, ut scilicet proximior admittatur primo loco; & hoc deficiente, is, qui proximè sequitur; & deinceps cæteri eodem ordine, textus *in l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2.* cum similibus allatis ab eodem Caldas *dicta q. 13. n. 3.*

36 Non dixi simpliciter competere dictum jus renovationis proximiori consanguineo, sed *deficientibus filijs*; quia si ultimus Emphyteuta descendẽtes relinquat, cæteris omnibus consanguineis, etiam in eodem gradu existentibus, præferendi sunt, ut omnes Doctores videntur supponere, & attigit expresse Caldas *de renovat. q. 17. n. 25.* Quod tamen limitandum est juxta supradicta, nisi Emphyteusis concessa esset cum libera facultate nominandi unum de familia, & ultimus Emphyteuta nominasset in jure renovationis aliquem suum collateralem, vel ascendentem de eadem familia: is enim etiam ipsis filijs præferendus erit, saltẽ in hoc regno Lusitano, cùm facultas nominandi in jure renovationis competens ultimo Emphyteutæ æquè latè pateat, ac jus nominandi ad ipsam Emphyteusim, quod juxta formam investituræ anterioribus Emphyteutis competebat, ut ex supra dictis constat. Vnde id etiam, quod in prædicta tertia assertione statuimus, competere in casu ibi proposito jus renovationis proximiori consanguineo, limitandum ulterius est, nisi remotior fuerit nominatus ab ultimo Emphyteutæ; quam limitationem approbat expresse Gabriel Pereira *decis. 31.* affirmans juxta eam fuisse judicatum, & patet satis ex supra dictis.

Contra prædictas verò assertiones, 37 & totam ferè doctrinam circa illas traditam, non leviter aliquis insurget, arguendo in hunc modum. Vel jus petendi renovationem est quid dividuũ inter plures, vel individuum, quod in una tantùm persona consistere possit. Si dividuum, competit æqualiter, seu pro rata omnibus, qui sunt æquales in gradu proximiori, juxta receptam juris regulam, quod cum aliquid competit pluribus nomine collectivo cognationis, vel familiæ, tunc proximiores in eodem gradu existentes simul cõcurrunt, & unusquisque pro sua parte admittitur, ut per *l. cum ita, §. in fideicommisso, & dictam l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2.* cum similibus; & sic frustra in prædictis assertionibus laboramus determinando, cui ex filijs, vel cõsanguineis ultimi Emphyteutæ renovatio facienda sit, cùm juxta hanc regulam competat omnibus, qui proximiores reperiuntur. Si verò est individuum, spectat ad primogenitum, seu maiorem natu gradus proximioris, juxta vulgarem regulam, & ubique receptam consuetudinem, quod in individuis senior præfertur juniori, & mas fœminæ. Quam regulam copiosè illustrat Lara, *de Anniversarijs, & Capellanijs, lib. 1. cap. 7. per totum*; ipsumque jus naturæ illi maximè suffragatur; cùm naturalis ratio dictet, ut cæteris paribus, semper seniorem juniori, & masculum fœminæ præponamus, ut-

pote quem ipsamet natura, seu ejus author Deus, nativitatis ordine, & conditione præire voluit: suffragatur etiã jus civile *in l. final. ff. de jure instrumentorum*, ibi, *Semper seniorem juniori, & amplioris honoris inferiori, & marem feminæ, & ingenuum libertino præponemus.* Si ergo mortuo ultimo Emphyteuta extent plures ejus filij, vel consanguinei ejusdem gradus proximioris, is, qui inter eos fuerit maior natu, cæteris præferendus est in jure renovationis individuo, ut fit in maioratibus, & cæteris bonis vinculatis; de quo Tiraquelus *de jure primogeniorum, in præfatione, n.* 74. & sic etiam cessant, quæ in prędictis assertionibus statuimus.

38 Ad hæc tamen respondetur facilè, jus renovationis Emphyteuticæ esse individuum, saltem in hoc regno, juxta Ordinationes regias, quibus cavetur, ne ulla Emphyteusis dividatur realiter, sed ad summum per æstimationem, facta semper incapitatione illius in una tantùm persona: unde necesse est, ut etiam jus renovationis ad unam tantùm personam restringatur. Neque verò quemadmodum ipsa Emphyteusis sæpe divisibilis est per æstimationẽ inter plures filios, aut hæredes ultimi possessoris, sic renovationis æstimatio dividenda erit, aut in collationem adducenda, quod apertè constat ex Ordinat. reg. *lib.* 4. *tit.* 97. §. 22. ubi assignatis casibus, in quibus adducenda est ad collationem, seu partitionem Emphyteusis, quam pater, aut mater in vita sua transtulit in filium, solùm præcipitur, ut cõferatur æstimatio, seu pretium, quo talis Emphyteusis tempore translationis ęstimaretur, juxta valorem, quẽ haberet pro reliquo tempore, quo juxta investituram duratura erat, absque respectu ad jus renovationis, ut notarunt Valascus *de partition. cap.* 13. *n.* 132. Benedictus Ægydius *part.* 1. *in l. ex hoc jure, cap. ult. n.* 69. Doctor Joannes de Carvalho *in c. Raynaldus, part.* 4. *n.* 193. & Barb. *in remiss. ad d.* §. 22. *n.* 6. Quo manifestè supponitur, non debere dividi æstimationem renovationis: & quidem merito, cùm renovatio sit novum domini beneficium nullam in eo propriam obligationem supponens; & sic non tam à defuncto Emphyteuta, cujus bona dividenda sunt, quam ab ipso domino proficiscatur. Itaque jus renovationis bonum simpliciter indivisibile censendum est.

Hinc autem non sequitur, quod in altera parte argumenti objicitur, dictũ 39 jus renovationis spectare determinatè ad maiorem natu gradus proximioris; quia prærogativa primogenituræ, sicut & masculinitatis, in Emphyteusibus non attenditur, nisi expresse in ipsa investitura postuletur. Vnde quando aliquis Emphyteusim accepit pro se, & uxore, ac uno filio utriusque, declarat Ordin. hujus regni, *lib.* 4. *tit.* 37. §. 6. posse parentem, qui alteri supervixerit, nominare ad talem Emphyteusim unum ex suis filijs, vel filiabus, quem maluerit. Et quando Emphyteusis inter plures per æstimationem dividenda est, jubetur incapitari in uno eorum, quem cæteri elegerint, non autem in primogenito, *d. lib.* 4. *Ordin. tit.* 36. §. 1. *& tit.* 96. §. 23. Neque hoc mirum; nam sæpe res indivisibilis huic potius, quam illi adjudicatur arbitrio judicis, vel sortibus, aut partium conventione, ut in re affecta onere anniversarij, & sic indivisibili, tenet Lara *supra num.* 60. post Flores de Mena, quem refert. Idemque ostendunt exempla, quæ Caldas relatus in secunda assertione commemorat, in quibus est locus gratificationi. Et ita cessat omnino argumentum, quo prædictæ assertiones labefactari videbantur.

Vtrùm

Vtrùm quando dicitur, jus renovationis competere proximiori consanguineo, intelligendum id sit de consanguineo, qui sit de sanguine primi acquirentis?

§. IV.

SUMMARIUM.

Resolvitur, intelligi debere de consanguineo proximiori ultimo Emphyteutæ, licet non sit de sanguine primi acquirentis. n. 40.

Limitatur tradita resolutio, ut non procedat, quando Emphyteusis fuit tantùm concessa pro familia primi acquirentis. n. 41.

Quando ultimus Emphyteuta decessit sine liberis, relicta matre, & fratre, an renovatio competat matri, vel fratri? ibid.

40 Quarta dubitatio est, utrùm quando dicitur, jus renovationis competere proximiori consanguineo ultimi Emphyteutæ, intelligendum id sit de consanguineo, qui sit de sanguine primi acquirentis? Respondetur, intelligendum esse de consanguineo proximiori ultimo Emphyteutæ, licet non sit de sanguine primi acquirentis. Ita Valascus *consult.* 123. *n.* 6. & Caldas *de renovat. q.* 9. *num.* 33. ubi alios refert: tenet etiam hanc sententiam, relatis pluribus Gama, *decis.* 7. *n.* 2. Quatenus docet, quod in petitione renovandi Emphyteusim præfertur mater ultimi possessoris, uti proximior ejus, & excluditur amita, licet primo stipulatori sit proximior. Ratio est, quia Emphyteuses, præsertim temporales, in quibus tantummodo locum habet renovationis obligatio, non sunt institutæ propter conservandas familias Emphyteutarum: neque enim domini, qui plerumque sunt extranei respectu illorum, id intendere præsumuntur, sed suam propriã utilitatem: & ipsa etiam renovatio non propterea fuit introducta, ut alicujus familia conservaretur, sed quia æquitas postulabat, ut Emphyteusis continuaretur in successoribus ultimi Emphyteutæ, præsertim si melioramenta ad illos spectantia in ea reperirentur, ut præcedenti sectione vidimus: ergo ad talem renovationem concedendam attendi non debet, an successores, & consanguinei ultimi Emphyteutæ, qui illam petunt, sint de sanguine primi acquirentis, sed an sint proximiores ipsi ultimo Emphyteutæ, sive alioqui sint de sanguine primi acquirentis, sive non. Et confirmatur, quia ut bene arguit Caldas *supra*, si Emphyteusis fuisset vendita alicui extraneo, qui eam possideret in ultima vita, nemo dubitat, quod eo mortuo debetur renovatio illius filijs, & successoribus, quantumvis extraneis respectu primi acquirentis. Quod idem Caldas repetit *q.* 13. *n.* 8. *fine.*

Limitat autem hanc resolutionem Gabriel Pereira *decis.* 48. *n.* 4. ut non procedat in Emphyteusi concessa pro familia primi acquirentis, ita ut ad extraneos transire non possit. Quæ limitatio mihi placet, cùm is, qui non fuerit de tali familia, careat qualitatibus juxta investituram requisitis, & renovatio non debeatur, nisi eas habentibus. Hinc colliges, si ultimus Emphyteuta decedat sine liberis, vivente adhuc ejus matre, & uno fratre, competere renovationem fratri, si Emphyteusis erat familiaris, id est, concessa pro ijs, qui essent de familia primi acquirentis, cùm mater ad eam familiam non spectet; è contra verò competere matri, si Emphyteusis erat simpliciter hæreditaria, vel aliàs ad extraneos trãsitoria; eo quod mater sit hæres, & simul proximior fratre, utpote quæ est 41

in

in primo gradu, & frater in secundo juxta numerationem juris civilis, quæ sola spectanda est, quando agitur de ejusmodi rebus proximiori deferendis. Consentit in his Gabr. Pereira *supra*, & videtur esse communis sententia.

Vtrùm jus renovationis competens proximiori consanguineo possit ab eo renunciari in favorem alicujus, in præjudicium aliorum proximiorum?

§. V.

42 QUinta dubitatio est, utrùm jus renovationis competens proximiori consanguineo possit ab eo renunciari in favorem alicujus extranei, vel remotioris consanguinei, in præjudicium aliorum proximiorũ? Respondet Caldas *de renovat. q.* 13. *n.* 1. partem negativam esse veriorem; & merito. Primò, quia alijs proximioribus competit jus petendi renovationem, deficiente, vel repudiante eo, cui primo loco illud jus competebat; quo jure per repudiantem privari non possunt. Secundò, quia non est minus personale jus petendi renovationem Emphyteusis, quam jus feudale, primogenij, retractus, & similia proximiori agnato, vel consanguineo competentia; quæ cedi, & transferri non possunt in aliquem remotiorem, in præjudicium alterius proximioris, ut latè ex jure, & Doctoribus probat idem Caldas *supra*, *à num.* 4. qui ex hac resolutione *num.* 8. infert, proximiore negligente renovationem petere, fieri locum sequenti: ad quod est bonus textus *in d. l. peto*, §. *fratre*, *ff. de legat.* 2. ibi; *Ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco; nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet; sed ita proximus quisque admittendus est.* Ut autem sequens in gradu admitti possit ob negligentiam proximioris, prius debet assignari tempus proximioribus, ut deliberent, num se admitti velint, antequam cæteri admittantur, ut notat Caldas *d. q.* 13. *n.* 2.

Vtrùm quando Emphyteusis nominationis extinguitur, eo quod possessor decessit nemine nominato, debeatur renovatio?

§. VI.

SExta dubitatio est, utrùm quando Emphyteusis nominationis extinguitur, eo quod Emphyteuta, qui habebat nominandi potestatem, decessit nemine nominato (ut juxta Ord. hujus regni *lib.* 4. *tit.* 36. §. 1. contingit quando talis Emphyteuta decedit etiam intestatus, nullo relicto ascendente, vel descendente) debeatur renovatio proximiori consanguineo? 43
Respondet negativè Caldas, *quæst.* 9. *num.* 8. & 9. tum, quia talis Emphyteuta, cum neque aliquem ad Emphyteusim nominaverit, cùm posset, neq; hæredem instituerit, magis videtur voluisse, ut Emphyteusis penes dominũ in perpetuum maneret: tum maximè, quia obligatio renovandi Emphyteusim solùm videtur introducta pro casu, quo Emphyteusis vacavit propter finitas generationes, seu personas, pro quibus fuit concessa: solùm enim de hoc casu meminerunt, qui eam obligationem astruunt: in exorbitantibus autem, qualis hæc obligatio censetur, non fit extensio de casu ad casum, *regula, quæ à jure, de regulis juris in* 6. alioqui cur etiam, quando Emphyteusis propter commissum finitur, renovatio non debebitur filijs, & agnatis committentis, qui nullam culpam admiserunt?

Vtrùm

Vtrùm quando res Emphyteutica erat subemphyteuticata, & Emphyteusis expiravit ob finitam generationem, debeatur renovatio successoribus Emphyteutæ, vel subemphyteutæ?

§. VII.

44 SEptima dubitatio est, utrùm quando res Emphyteutica erat subemphyteuticata, & Emphyteusis expiravit ob finitam generationem Emphyteutæ, debeatur renovatio successoribus ipsius Emphyteutæ, vel potius subemphyteutæ? Excitat hanc quæstionem Caldas *quæst.* 13. *de renovat. n.* 9. & illam tandem resolvit *n.* 56. *in fine*, dicens deberi renovationem successoribus Emphyteutæ. Ducitur ea ratione, quod per subemphyteuticationem non fuit translatũ dominium utile rei Emphyteuticæ in subemphyteutam, sed semper mansit penes ipsum Emphyteutam, & solùm illius exercitium transivit in subemphyteutam: postulat autem ratio, ut successores habentis utile dominium ad renovationem admittantur; non autem habentis solùm exercitium, & commoditatem. Hæc tamen ratio magnas patitur difficultates. Nam communis sententia tenet per subemphyteuticationem transire utile dominium in subemphyteutam, & solùm illius umbram manere penes Emphyteutam, ut tradidimus *disp.* 2. *sect.* 4. §. 1. *à num.* 54. ubi speciatim rejecimus sententiam asserentem, solùm exercitium utilis dominij transire in subemphyteutam; & magis cum Valasco probavimus, quod de rigore juris tam Emphyteuta, quàm subemphyteuta habet utile dominium rei, cum quadam subordinatione inferioris, & superioris. Cæterum quamcunque ex his opinionibus sequamur, ego veram sentio resolutionem traditam; quia etiam retenta sententia communi, quæ solam umbram dominij remanere agnoscit in Emphyteuta, sufficit, hęc umbra, ut sit superior, & in jure appelletur dominus respectu subemphyteutæ, ut omnes admittunt, & loco citato ostensum est: & ideo digniores censeri debent illius successores, ut in eis potius, quàm in successoribus subemphyteutæ renovatio fiat.

Resolvitur quædam alia dubitatio.

§. VIII.

Ultima dubitatio esse potest, an renovatio competat monasterio, quòd succedit in bonis monachi, ad quem renovatio ante professionem spectabat, vel qui erat ultima persona, cujus morte Emphyteusis finita est? Respondeo negativè ex traditis à Caldas, *quæst.* 19. *de renovat. à num.* 7. ubi latè hanc partem tuetur. Illum consule. 45

SECTIO TERTIA.

Quando renovatio Emphyteusis peti, & concedi debeat.

SUMMARIUM.

Non debetur renovatio, antequam Emphyteusis vacet, sive per mortem, sive per renunciationem. n. 46.

Non potest fieri alicui renovatio, durante prima concessione Emphyteutica in persona alterius, nisi ille consentiat. num. 47.

Vtrùm hoc procedat, etiam si renovatio, & ejus effectus conferatur in tempus, quo prima investitura finita sit? ibid.

Reno-

Renovatio Emphyteusis petenda est intra annum post finitum Emphyteusim: alias non tenetur dominus illam concedere. num. 48.

Non incipit autem ille annus currere, nisi à die scientiæ. Et si Emphyteusis sit hæreditaria, non incipit talis annus ante aditam hæreditatem. n. 49.

Si renovatio non petatur intra prædictum annum, potest mora purgari intra modicum tempus. Et probabile est semper peti posse, quandiu dominus non declarat se nolle amplius teneri illam concedere. eodem n. 49.

Minori 25. annorum competit restitutio adversus lapsum prædicti anni. ibid.

Renovatio potest peti post prædictum annum, quando justum intervenit impedimentum, ne intra illum peteretur. Et quodnam censeatur justum impedimentum? n. 50.

Quid si dubitetur, an impedimentum fuerit justum? Et an ultra impedimentum requiratur protestatio? ibid.

Non potest dominus denegare renovationem petenti illam post dictum annum, si scienter pensionem ab eo recepit post illum annum elapsum. n. 51.

Si dominus intra prædictum annum renovationem concessit non habenti jus ad illam, potest qui jus habebat, illam petere, etiam post annum, & excludere provisum usque ad triginta annos. 52.

Aliqui contrarium sentiunt, saltem quando is, cui renovatio debebatur, non erat in possessione, & antequam illam caperet dominus concessit alteri renovationem, eumque in possessionem misit. num. 53. & 54.

Utrùm hac sententia retenta, teneatur ille, cui renovatio facta est, alteri restituere? eodem n. 54.

Prior tamen sententia posita. num. 52. sustinetur, & amplius roboratur. num. 55.

Fundamenta contraria solvuntur. num. 56.

Pro renovatione obtinenda competit jus in re. n. 55.

Officium judicis æquitate suffultum habet se instar actionis realis; & qui illi est obnoxius, realiter tenetur. n. 56.

Dominus retinens apud se rem Emphyteuticam, & renovationem denegans ei, cui illa competebat, censetur possessor malæ fidei, & debet restituere fructus. eodem n. 56.

Lapsus prædicti anni non tollit, quominus renovatio peti possit, quando ultimus Emphyteuta non possidebat Emphyteusim, sed alius tertius, cum quo litigium habebat. n. 57.

An prædicti anni lapsus noceat, quando plures litigant super dominio directo, vel super hæreditate, in qua Emphyteusis continetur? eodem n. 57. remissivè.

Si is, cui primo loco renovatio competebat, moriatur intra primum annum, ille, qui proximè sequitur, habet integrum annum post ejus mortem, ad renovationem petendam. n. 58.

At contrarium etiam est satis probabile. n. 59.

Si mota lite adversus proximiorem agnatum renovationem petentem, & sic interrupta præscriptione anni ad petendam renovationem concessi, talis agnatus moriatur, an ea lis, & interruptio prosit sequenti agnato, ut non obstante lapsu illius anni renovationem petere possit? eodem num. 59. remissivè.

Capitales inimicitiæ ortæ inter dominum, & Emphyteutam, vel ejus successorem, excusant successorem non petentem renovationem, dum illæ durant. n. 60.

Circa hanc quæstionem statuendum in primis est, non deberi renovationem, antequam Emphyteusis vacet, sive per mortem, sive per renunciationem. Ita omnes supponunt, & tradit Caldas *de renov. q. 5. n. 1.* dicens, quod juxta praxim hujus regni, neque eidem possessori renovatio facienda est, quin prius rem, & possessionem in manibus domini renunciet; in cujus confirmationem adducit Constitutiones Brachatenses, tit. 46

tit. 19. ubi id quoad Emphyteuses Ecclesiasticas præcipitur.

47 Statuendum deinde, non posse fieri renovationem alicui durante prima concessione Emphyteutica in persona alterius, nisi ille consentiat. Ita relatis alijs idem Caldas *d. quæst.* 5. *à num.* 1. *& quæst.* 20. *num.* 4. Et constat facilè, quia tam civili, quam canonico jure damnatur impetratio beneficij personæ viventis: tum quia inducit votum captandæ mortis: tum maximè, quia res unius, dum ille non consentit, non potest in alium transferri, juxta regulam, *Id quod nostrum est, sine facto nostro transferri non potest. l. id quod nostrum, ff. de regulis juris.* Quare citra dubium est, non posse durante prima investitura concedi aliam in ejus præjudicium, ut etiam tradit Gama *decis.* 36. *num.* 1. Illud autem dubio non caret, an possit renovatio fieri durante prima investitura, & non consentiente possessore investito, si ipsa renovatio, & ejus effectus conferatur in tempus, quo prima investitura finita sit? Videtur non posse, quemadmodum in beneficijs Ecclesiasticis dispositum est, *cap. nulla, & cap. relatum, de concessione prabendæ*, ubi cavetur, ne beneficia Ecclesiastica concedantur, vel promittantur antequam vacent. Oppositum nihilominus sentit Cald. *d. quæst.* 5. *n.* 4. & probat ex multis textibus, qui in simili de feudis id admittunt.

48 Statuendum tertiò, & principaliter, renovationem Emphyteusis peti debere intra annum, post finitam Emphyteusim, & si intra illum non petatur, non teneri dominum illam concedere. Ita relatis pluribus Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *quæst.* 43. §. *penult.* Caldas *de renov. quæst.* 5. *n.* 11. Gabriel Pereira *decis.* 128. *num* 4. Mol. *disp.* 484. *num.* 6. Rebel. *lib.* 13. *quæst.* 18. *num.* 33. Frag. *tomo* 3. *disp.* 14. §. 2. *n.* 1. & cæteri omnes, qui hac de re tractant, licet Valascus *quæst.* 39. *de jure Emphyt. num.* 16. videatur dissentire, dicens hanc sententiam receptam quidem esse in praxi hujus regni, at nullo civili jure fulciri. Cæterum nobis satis est esse usu receptam: nec certè leve habet fundamentum in jure. Nam qui habet jus petendi feudum, si per annum taceat, postea non auditur, textus *in cap.* 1. §. *si quis decesserit*, *vers. Titius filios, si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnatos.* Item, qui habebat facultatem redimendi feudum à vassalo alienatum, si id non faciat intra annum, eam facultatem amittit, *cap.* 1. §. *porrò, qualiter olim poterat feudum alienari*: unde apud Juristas communiter videtur receptum silentium annale habere vim repudiationis. Merito igitur, ac juxta ipsius juris regulas, introductum est, ut renovatio intra annum petatur, alioqui non debeatur.

Non incipit autem prædictus annus currere, nisi à die scientiæ probabilis. 49 Vnde quandiu successor ultimi Emphyteutæ ignorat rem esse Emphyteuticam, aut finitam esse Emphyteusim, talis annus ei non currit, Caldas, cum alijs *dicta quæst.* 5. *num.* 25. *&* 26. *& quæst.* 6. *num.* 21. & Fragos. *dicto* §. 2. *sub num.* 6. *vers. similiter anni.* Item si Emphyteusis sit hæreditaria, non incipiet ille annus ante aditam hæreditatem, ut idem Caldas probat *dicta quæstione* 5. *num.* 27. rejecta quorundam sententia, qui idem volunt, etiam quando Emphyteusis hæreditaria non est. Præterea, si intra prædictum annum renovatio non petatur, videtur posse mora purgari, petendo illam postea intra modicum tempus judicis arbitrio considerandum, ut in feudis tenet communior sententia, quam in Emphyteusibus sequitur Caldas *supra*, *num.* 18. Qui etiam *num.* 17. tradit probabile esse, quòd quandiu dominus prædicto anno transacto non

Aaa decla-

declarat, se nolle amplius teneri renovare, potest renovatio peti: & si ante declarationem proximior decedat, non potest renovatio sequenti denegari. Pro qua opinione citat alios, inter quos Bursatus *consil.* 91. *numer.* 23. *volum.* 1. eam dicit communem. Jam verò, si is, qui distulit renovationem petere, erat minor viginti quinque annorum, competit ei restitutio adversus lapsum illius anni, ut tradit Gama, *decis.* 117. *numer.* 3. late Caldas *dicta quæst.* 5. *numer.* 22. & relatis pluribus, Fragos. *dicto.* §. 2. *sub num.* 6. *vers. item lapsus*; ubi etiam advertit, quòd lapsus illius anni non nocet minori non excedenti annos 14. etiam citra beneficium restitutionis, per textum *in cap. imperialem*, §. *præterea*, *de probibita feudi alien.* & *in cap.* 1. §. *si minori, si de feudo sit conten. inter domin.* & *agnat.*

50 Multi præterea sunt casus, in quibus renovatio post prædictum annum peti potest. Primus est, quando justa causa, seu impedimentum intervenit, ne intra illum annum postularetur. Caldas *dicta quæst.* 5. *num.* 23. per textum *in cap. finali*, *de probibita feudi alienatione per Lotharium.* Quæ autem sit justa causa, seu impedimentum excusans? declaratur *in cap.* 1. *quo tempore miles investituram petere potest*, esse causam mortis, inimicitiæ capitalis, infantiæ, infamiæ, vel justæ absentiæ. Cæterùm justum etiam impedimentum est, pestis, ægritudo, carceris detentio, bellum, non tutus accessus ad locum ubi est dominus, præceptum superioris præcipientis aliquid impediens petere renovationem, & similia, dummodo probetur, quod verè fuerint in causa, cur renovatio petita non fuerit: quando autem dubiũ extiterit, an impedimentum fuerit justum, arbitrio judicis standum est, prout hæc omnia ex jure, & Doctoribus probat Caldas *supra.* An verò ultra impedimentum requiratur, quod impeditus de illo protestetur? In utramque partem sunt Doctores, & semper tutius erit protestari. Vide Caldas *supra*, & *quæst.* 7. *num.* 4. ubi etiam à *num.* 1. tractat, an excommunicatio domini, vel ipsius successoris ultimi Emphyteutæ sit impedimentum excusans à petenda renovatione intra prædictum annum.

Secundus casus est, quando dominus post elapsum annum scienter pensionem recepit ab existente in possessione, cui aliàs renovatio competebat; quod tunc dominus juri illum expeliendi renunciasse, ejusque negligentiam remisisse videatur. Ita Valascus *consult.* 101. *num.* 3. & Caldas *de renovat. quæst.* 5. *num.* 30. Gabriel Pereira *decis.* 128. *sub num.* 5. & Frag. *dicto* §. 2. *sub num.* 6. *vers. quarta propositio.* Qui bene advertit, hoc procedere, si dominus scienter recipiat: aliàs enim non censetur remittere. 51

Tertius casus est, quando intra prædictum annum facta est renovatio alicui extraneo, excluso proximiore consanguineo, cui illa competebat: tunc enim etiam post talem annum elapsum potest ille consanguineus renovationem petere, & excludere extraneum usque ad triginta annos: si autem renovatio facta fuerit consanguineo remotiori, illius anni lapsus proximiorem excludit. Sic Tiraquelus *de retractu lignag.* §. 1. *glossa* 10. *numer.* 9. Gama *decis.* 117. *num.* 2. referens ita fuisse judicatum, Valascus *dicta consult.* 101. *sub num.* 3. Caldas *de renovat. quæst.* 5. *num.* 33. *juncta quæst.* 6. *num.* 1. Gabriel Pereira *d. decis.* 128. *num.* 4. Fragos. *d.* §. 2. *n.* 7. & alij quos referunt, qui id sumunt ex Glossa finali, *in cap.* 1. §. *si quis decesserit*, *vers. Titius filios*, *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum*, & *agnatos*, *verbo*, *consensit*, ubi hoc ipsum statuit circa petitionem feudi. 52

Tertia nihilominus resolutio non 53

tit. 19. ubi id quoad Emphyteuses Ecclesiasticas præcipitur.

47 Statuendum deinde, non posse fieri renovationem alicui durante prima concessione Emphyteutica in persona alterius, nisi ille consentiat. Ita relatis alijs idem Caldas *d. quæst.* 5. *à num.* 1. *& quæst.* 20. *num.* 4. Et constat facilè, quia tam civili, quam canonico jure damnatur impetratio beneficij personæ viventis: tum quia inducit votum captandæ mortis: tum maximè, quia res unius, dum ille non consentit, non potest in alium transferri, juxta regulam, *Id quod nostrum est, sine facto nostro transferri non potest. l. id quod nostrum, ff. de regulis juris.* Quare citra dubium est, non posse durante primâ investitura concedi aliam in ejus præjudicium, ut etiam tradit Gama *decis.* 36. *num.* 1. Illud autem dubio non caret, an possit renovatio fieri durante prima investitura, & non consentiente possessore investito, si ipsa renovatio, & ejus effectus conferatur in tempus, quo prima investitura finita sit? Videtur non posse, quemadmodum in beneficijs Ecclesiasticis dispositum est, *cap. nulla, & cap. relatum, de concessione præbendæ*, ubi cavetur, ne beneficia Ecclesiastica concedantur, vel promittantur antequam vacent. Oppositum nihilominus sentit Cald. *d. quæst.* 5. *n.* 4. & probat ex multis textibus, qui in simili de feudis id admittunt.

48 Statuendum tertiò, & principaliter, renovationem Emphyteusis peti debere intra annum, post finitam Emphyteusim, & si intra illum non petatur, non teneri dominum illam concedere. Ita relatis pluribus Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *quæst.* 43. §. *penult.* Caldas *de renov. quæst.* 5. *n.* 11. Gabriel Pereira *decis.* 128. *num* 4. Mol. *disp.* 484. *num.* 6. Rebel. *lib.* 13. *quæst.* 18. *num.* 33. Frag. *tomo* 3. *disp.* 14. §. 2. *n.* 1. & cæteri omnes, qui hac de re tractant; licet Valascus *quæst.* 39. *de jure Emphyt. num.* 16. videatur dissentire, dicens hanc sententiam receptam quidem esse in praxi hujus regni, at nullo civili jure fulciri. Cæterum nobis satis est esse usu receptam: nec certè leve habet fundamentum in jure. Nam qui habet jus petendi feudum, si per annum taceat, postea non auditur, textus *in cap.* 1. §. *si quis decesserit*, *vers. Titius filios*, *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnatos.* Item, qui habebat facultatem redimendi feudum à vassalo alienatum, si id non faciat intra annum, eam facultatem amittit, *cap.* 1. §. *porrò*, *qualiter olim poterat feudum alienari*: unde apud Juristas communiter videtur receptum silentium annale habere vim repudiationis. Merito igitur, ac juxta ipsius juris regulas, introductum est, ut renovatio intra annum petatur, alioqui non debeatur.

Non incipit autem prædictus annus currere, nisi à die scientiæ probabilis. Vnde quandiu successor ultimi Emphyteutæ ignorat rem esse Emphyteuticam, aut finitam esse Emphyteusim, talis annus ei non currit, Caldas, cum alijs *dicta quæst.* 5. *num.* 25. & 26. & *quæst.* 6. *num.* 21. & Fragos. *dicto* §. 2. *sub num.* 6. *vers. similiter anni.* Item si Emphyteusis sit hæreditaria, non incipiet ille annus ante aditam hæreditatem, ut idem Caldas probat *dicta quæstione* 5. *num.* 27. rejecta quorundam sententia, qui idem volunt, etiam quando Emphyteusis hæreditaria non est. Præterea, si intra prædictum annum renovatio non petatur, videtur posse mora purgari, petendo illam postea intra modicum tempus judicis arbitrio considerandum, ut in feudis tenet communior sententia, quam in Emphyteusibus sequitur Caldas *supra, num.* 18. Qui etiam *num.* 17. tradit probabile esse, quòd quandiu dominus prædicto anno transacto non 49

hoc enim eventu, filius ejus, seu ille, qui proximè sequitur, habet integrum annum post illius mortem ad renovationem petendam. Ita loquendo de feudis sentiunt multi apud Caldas *de renovatione, quæst. 6. num. 19.* Ratio est; quia talis successor non habet jus renovationis ab eo, cui primo loco competebat tale jus, sed vel ab ultimo Emphyteuta, vel ab ipso domino; & ideo tempus in persona illius prædefuncti inceptum ipsi nocere non potest, quominus integrum annum habere debeat ad renovationem petendam. Unde non obstat, quod objici posset ex textu, *in l. cum antiquioribus, Cod. de jure deliberandi*, ubi qui habet annum ad deliberandum circa hæreditatem acceptandam, si moriatur anno pendente, non integrum annum, sed residuũ incepti ad hæredes transmittit, ut in eo deliberare possint. Nam jus deliberandi, quod tunc hæredibus competit, non ab alio, quam ab ipso defuncto transmissum est, & propterea solùm tempus, quod ipsi restabat, ad eos transit; in nostro verò casu jus renovationis non devenit ab eo, cui prius competebat.

59 Cæterùm Caldas *supra num. 20.* cum Carolo Molineo credit prædicto successori non competere, nisi solùm residuum anni, quod post defunctum proximiorem restat, ut domini præjudicium vitetur, cujus sæpe magni interterit habere Emphyteusim, & non esse suam Emphyteusim in suspenso ultra primum annum post eam finitam. Utraque sententia est satis probabilis. Utrùm verò, si mota lite adversus proximiorem agnatum renovationem petentem, & sic interrupta præscriptione anni ad petendam renovationem concessi, talis agnatus moriatur; ea lis, & interruptio prosit sequenti agnato, ut non obstante lapsu anni illius renovationem petere possit? Tractat idem Caldas *quæst. 10. num. 12.* & negativè quæstionem resolvit. Illum consule.

Sextus casus est, quando capitales inimicitiæ inter dominum, & Emphyteutam, vel ejus successorem intercessere. Illis enim durantibus excusatur successor renovationem non petens, ut resolvit Caldas *de renovat. quæst. 7. num. 16.* cum Cassanæo, Jacobino, & Præposito, id in feudo tenentibus; quorum ultimus concludit, propter inimicitias non adstringi vassallum, etiam procuratorem mittere ad investituram petendam. Addit tamen Caldas, hoc non procedere, si inimicitia ad hunc finem fuit affectata; imo neque juxta aliquos, si ipse Emphyteuta, vel ejus successor ei causam dedit; licet affectata non fuerit. Sed hoc ultimum minus probabile censet idem Doctor *n. 19.* 60

SECTIO QUARTA.

Quomodo renovatio Emphyteusis peti, & concedi debeat?

SUMMARIUM.

In renovatione Emphyteusis non oportet servari omnes solemnitates, quæ ad rem primò Emphyteuticandam postulantur. num. 61.

Si Emphyteusis sit ecclesiastica, sufficit quod detur justa causa, & quod res nondum pleno jure ad mensam Ecclesiæ redijsset, ad hoc ut renovatio concedi possit. ibidem.

Renovatio Emphyteusis debet fieri per scripturam publicam. Et quæ sit necessitas hujus solemnitatis? n. 62.

Utrùm renovatio Emphyteusis induci possit ex tacito consensu domini pensionem recipientis? ibidem.

Quando renovatio est debita, non potest dominus in ea recedere à clausulis, &

& forma primæ investituræ, in præjudicium eorum, quibus debetur, nisi illi consentiant. Neque in præjudicium Ecclesiæ, si Emphyteusis sit Ecclesiastica; nisi prævijs solemnitatibus ad primam concessionem requisitis. n. 63.

Quando renovatio non est debita, potest dominus eam concedens recedere à clausulis primæ investituræ in præjudicium recipientium. n. 64.

Si possessor Emphyteusim renunciet in manus domini sub conditione, quod eam renovet in ejus filio, debet renovatio fieri sub eadem forma, & clausulis primæ concessionis. eod. n. 64.

Si dominus renovationem debens aliquid addat, vel adimat, quo à prima investitura recedatur, id, quod additum, vel ademptum fuerit in præjudicium recipientis, haberi debet pro non addito, vel non adempto. n. 65.

Licet dominus renovationem facere debeat juxta formam primæ investituræ, tamen potest pensionem augere judicio arbitratorum: & quomodo hi arbitrari debeant? n. 66.

In Emphyteusibus Ecclesiæ non est minuenda pensio ab electis arbitris taxata. ibidem.

Vtrùm in renovatione possit augeri pensio, quando res fuit meliorata expensis Emphyteutæ? n. 67.

61 IN hac quæstione statuo primò, debere in petenda, & concedenda renovatione servari formam, & solemnitates consuetas; necessarium autem non esse servari omnes, quæ ad rem primò Emphyteuticandam requiruntur. Vnde si Emphyteusis sit Ecclesiastica, non sunt necessarij tractatus, qui ad primam ejus concessionem postulantur, sed sufficit dari justam causam, & quod res nondum pleno jure ad mensam Ecclesiæ redijsset, ut latè & multis relatis Doctoribus tradidimus *disp. 2. sect. 2. §. 3.* Quamvis Cald. *de renovat. q. 14. n. 3. & q. 20. n. 1.* asserat contrarium observari in praxi hujus regni, id est, solere præmitti tractatus, & alia, quæ in prima concessione adhiberi solent; quæ quomodo fiant, tradit distinctè *d. q. 20. à principio*: atque ita de jure tenendum esse censet *d. q. 14. n. 4.* dicens, hoc sibi esse jure probabilius. Cæterùm à priori sententia etiam in hoc regno recedendum non est, ut citato loco notavimus cum Molina *disp. 468. n. 18. ad finem.*

Qualiscumque autem sit Emphyteusis, debet ejus renovatio fieri per scripturam publicam juxta cõmunem Doctorum, quos referunt, & sequuntur Valascus *de jure Emphyt. q. 7. n. 10* & Caldas *de renovat. q. 2. n. 2.* Quæ quidem scriptura in Emphyteusi Ecclesiastica est de substantia contractus: in sæculari autem solùm videtur esse necessaria ad probationem pro foro externo, ut pro prima concessione tradidimus, *disp. 1. sect. 2. in princip.* Eadem autem est ratio de renovatione, quæ est distincta concessio sequens naturã primæ, & ita censet idem Caldas *d. n. 2.* Consentit in his Frag. *tomo 3. disp. 14. §. 2. sub n. 12. vers. nona propositio, & seq.* Et inde contra aliquos infert non posse induci renovationem Emphyteusis Ecclesiasticę ex tacito consensu, & patientia domini pensionem recipientis à possessore; quod tacitus consensus non sufficiat, quando scriptura necessariò exigitur, per *l. item quæritur, §. qui impleto*, & ibi Barth. & Bald. *ff. locati.* Et præterea, quia deficiente scriptura, ubi illa est de substantia, deficit forma contractus, & sic absque illa induci non potest. Illum consule. 62

Statuo secundò, quando renovatio est debita, non posse dominum in ea recedere à clausulis, & forma primæ investituræ, absque consensu eorũ, quibus debetur. Ita communiter Doctores, quos latissimè refert eos sequẽs Caldas *de renovat. q. 3. à n. 7.* & Frag. *d. tom. 3. disp. 9. §. 14. n. 4. & seqq.* ubi ad multa particularia descendit. Ratio 63

est,

est, quia renovatio non est titulus novus, sed quædam continuatio prioris tituli, seu investituræ, ut relatis alijs definiunt Valascus *de jure Emphyt. q. 11. n. 15. ad finem*, Gama *decis. 222. num. 7.* Cald. *supra n. 1.* & cæteri communiter: prior autem investitura non censetur continuari, quando receditur à forma, & clausulis illius: ergo quando talis renovatio, seu continuatio est debita, fieri debet sub forma, & clausulis primæ investituræ, nec potest ab eis recedi. Addidi, *absque consensu eorum, quibus debetur*: nam si hi consentiant, bene potest in eorum præjudicium recedi à prima concessione, ut docent plerique apud Caldas *d. q. 3. num. ult.* Et patet, quia illis consentientibus, posset dominus primam concessionem simpliciter non renovare: ergo à fortiori recedere ab ea quoad aliquid in eorum præjudicium. Dico, *in eorum præjudicium*, quia si Emphyteusis sit Ecclesiastica, non potest in eorum favorem recedi à prima investitura cum præjudicio Ecclesiæ dominæ directæ absque solemnitatibus ad primam cõcessionem requisitis: ut si prima Emphyteusis erat concessa ad tres vitas, non potest renovari ad quatuor sine prædictis solemnitatibus, ut constat ex traditis *disp. 2. sect. 2. §. 2. n. 24.*

64 Statuo tertiò. Quando renovatio non est debita, ut quando Emphyteusis finita est propter commissum, vel ob caducitatem, aut simplicem renunciationem in manus domini, tunc bene potest dominus recedere prout maluerit à prima investitura in præjudicium recipientium. Ratio patet ex dictis; nam cum dominus possit simpliciter, & omnino renovationem denegare, quando illa non est debita, nihil obstat, quominus recedere possit à prima concessione, mutando formam, & clausulas illius, quin recipiens conqueri possit. Unde tunc concessio ab eo facta non erit proprie renovatio antiquæ Emphyteusis; sed alia nova Emphyteusis, ut bene docet Caldas *de renovat. q. 3. num. 15. & q. 4. num. 11. & 12.* Quando autem possessor Emphyteusim renunciaverit in manibus domini non simpliciter, & absolute, sed sub ea conditione, & pacto, ut ejus renovationem concedat filio, tunc renovatio sub eadem forma, & clausulis concedi debet; neque Emphyteusis in tali filio renovata censenda erit nova, sed antiqua, ut est textus *in cap. 1. de vassallo decrepitæ ætatis*, & notat cum alijs Caldas *d. q. 3. n. 12.*

Adverte autem primò, quando renovatio juxta supra dicta fieri debet secundum formam primæ investituræ, & nihilominus aliquid in ea ponitur, vel adimitur, quo à prima investitura recedit, sustinendam esse talem renovationem quoad id, in quo non recedit à prima investitura: id verò, quod adjectum, vel ademptum est in præjudicium recipientis, habendum esse pro non adjecto, vel non adepto: ut si in renovatione solum admittuntur masculi, cum prima investitura fœminas etiam comprehenderet, non debent fœminæ excludi, sed admitti ex prima investitura, ne pactio in alterius detrimentum mutationem recipiat; *l. ab emptione, ff. de pactis.* Item è contra, posterior concessio fœminas comprehendens illis non prodest, si solũ masculi ex priori admittebantur. Ita ex Paulo Castrensi, & alijs Caldas *d. q. 3. n. 8.* & videtur consentire Julius Clarus, *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 6. n. 2.* quatenus docet; quando Emphyteusis conceditur alio modo, quam solita est, sustineri eam concessionem in forma solita. 65

Adverte secundò, licet renovatio, quando est debita, fieri debeat juxta formam prioris investituræ, attamen posse dominum maiorem pensionẽ imponere, atque ita fieri solere judicio arbitratorum, qui post rem Emphyteuticam bene inspectam, præstito juramento arbitrantur, an, & quantum pos- 66

sit augeri pensio, spectato statu, & valore rei Emphyteuticæ; quod præcipue servatur in renovationibus Emphyteusium ecclesiasticarum, ut videre est apud Caldas, *quæst. 20. de renov. num. 5.* Ubi advertit in Emphyteusibus Ecclesiæ non esse minuendam pensionem ab electis arbitris taxatam, atque ita sancitum esse in Constitutionibus Bracharensibus, *tit. 19.*

67 Si vero quæras, an possit augeri pensio, quando res fuit meliorata expensis Emphyteutæ? Videtur respondendum negative in casu, quo res sterilis facta est utilis, & frugifera per Emphyteutam. Ita pro Emphyteusibus profanis, seu laicis, sentit Brittus *in c. potuit, de locato, §. 1. n. 4. ad medium*, per textum *in l. penult. Cod. de omni agro deserto, lib. 11.* ubi decernitur, accipienti à principe fundum patrimonialem sterilem sub certa pensione annua, non esse augendam pensionem ex melioratione. Unde etiam cum Bartholo notat Caldas *de nominat. q. 23. num. 6.* non debere prælatos augere pensionē rei locatæ, quam colonus ex sterili utilem fecit. Quod pari ratione dicendum videtur etiam in Emphyteusibus Ecclesiasticis, quamvis in his repugnet Brittus *supra.* Et ratio generalis esse potest; quia æquum non est, ut Emphyteutæ sua diligentia reddatur damnosa, *l. fin. Cod. de alluvion. & palud.* Et hæc sint satis pro renovatione Emphyteusis.

DISPUTATIO OCTAVA

De extinctione Emphyteusis.

SECTIO PRIMA.

Quando Emphyteusis citra commissum finiatur?

SUMMARIUM.

Recensentur modi, quibus Emphyteusis finiri, & extingui potest. n. 1.

Dominus non potest expellere Emphyteutam, neque conductorem ad longum tempus, ex eo quod re Emphyteutica, vel locata sibi indigeat. ibidem.

Quando is, qui erat ultima vita, Emphyteusim vendidit, extinguitur Emphyteusis per ejus mortem, etiam vivente adhuc emptore: tunc autem competit emptori jus petendi renovationem: & quomodo id sit intelligendum? n. 2.

Utrum quando Emphyteusis fuit concessa pro tribus personis in investitura designatis, extinguatur per mortem primæ, aut secundæ personæ, si non supersit alia ex designatis? n. 3.

Contrariæ sententiæ hac in re. n. 4.

Præfertur sententia affirmans, extingui illam Emphyteusim, n. 5.

Respondetur ad fundamenta sententiæ oppositæ. n. 6. & 7.

Quando Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus devenit ad aliquem, cujus morte interitura erat, eo quod descendentes non habebat; si is de consensu domini eam vendat, an perseveret, & perpetuetur in ipso emptore, & ejus descendentibus post mortem venditoris? num. 8. & seqq.

An extincta tali Emphyteusi per mortem venditoris, possit emptor, vel ejus filij renovationem exigere? n. 11.

Quoties renovatio Emphyteusis non deberetur successoribus venditoris, si tempore mortis penes illum extitisset, non debe-

sequentis, eo ipso, quod dominus Emphyteusim concessit pro tribus personis, designando illas, solùm voluit, ut personæ designatæ ad Emphyteusim admitterentur, ut ex dictis constat. Non negaverim tamen, contingere aliquando posse, ut concessio Emphyteutica, in qua personæ exprimuntur, non sit merè personalis, sed realis, in qua scilicet pręcipuè attendatur ad ipsum genus concessionis pro tot personis, non ad conditionem cujusque personæ expressæ; quod ex qualitate ipsarum personarum, & alijs circunstantijs judicis arbitrio discernendum est. Et tunc licet aliqua earum deficiat, non extinguetur Emphyteusis, sed poterit continuari in alia persona loco deficientis subrogata, dummodo sit talis, ut inspectis omnibus prudenter judicetur, quod dominus vellet eam subrogari posse in defectum expressæ; quia etiam in contractibus à persona expressa receditur ex præsumpta mente contrahentium, *l. tale pactum*, *§. final. ff. de pact.*

8 Dubitari præterea potest, utrùm quando Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus devenit ad aliquem, cujus morte interitura erat, eo quod descendentes non habebat, si is de consensu domini eam vendat alicui filios habenti, perseveret, & perpetuetur talis Emphyteusis in ipso emptore, & ejus descendétibus, post mortem venditoris? Respondet affirmativè Barbosa *in l. usufructu*, 58. *num.* 29. *ff. soluto matrimonio*, ubi cum Ancharrano ait, quod translata Emphyteusi de consensu domini, non debet amplius considerari linea, vel generatio illius, qui transtulit jus suum; sed generatio illius, in quem fuit translata: ac proinde, extincta linea primi acquirentis, non censeri extinctam Emphyteusim in persona illius, ad quem translata fuit. Pro qua resolutione refert Jasonem, Socinum, & Baldum. Et fundatur in eo quod translatio facta sit de consensu domini.

Contrarium nihilominus sentit 9 merito Caldas *de extinct. cap.* 11. *à n.* 40. *& cap.* 13. *n.* 38. *& cap.* 15. *n.* 28. cum alijs, quos refert. Qui consequenter docent, mortuo prædicto venditore, statim Emphyteusim consolidari cum domino directo, & posse dominũ illam vendicare. Fundamentum est, quia venditor non potuit plus juris in emptorem transferre, quam ipse haberet, *l. traditio*, *ff. de acquirendo rerum dominio*, *l. nemo plus*, *ff. de regul. juris*; Vnde cùm venditor in casu proposito solùm haberet jus Emphyteuticum pro tempore vitæ suæ, & cum ea extinguẽdum, non potuit plus in emptorem transferre, & consequenter non potuit emptor melioris conditionis reddi, quam esset venditor, à quo causam habet. Neque in contrarium urget, translatam esse Emphyteusim in illũ emptorem de consensu domini, quia ejusmodi consensus requiritur, & præstatur, ut valeat alienatio, non verò, ut domino directo noceat, neque enim intentio domini illum præstantis est sibi in aliquo præjudicare: consensus autem nihil ultra intentionem consentientis operatur, *l. qui eum*, *ff. de transactionibus*, *& l. ex testamento*, *ff. de exception. rei judicatæ.* Objici potest contra hanc resolutionem textus *in cap. nuper*, *de donation. inter virum*, *& uxorem*: ubi usufructus, quem vir uxori donavit, durat in uxore post mortem viri, si donatus sit de consensu proprietarij: secus autem, si absque illius consensu. Sed jam ad hanc objectionem factam contra similem resolutionem respondìmus *disp.* 6. *sect.* 6. *§.* 1. *vers. his tamen*, *n.* 115.

Merito autem traditam resolutionem limitat Cald. *d. cap.* 11. *num.* 41. 10 ut non procedat, quando in scriptura venditionis expressum esset, quod venditor Emphyteusim vendebat emptori pro eo, & suis hæredibus. Nam tunc si dominus simpliciter consensum præsti-

sequentis, eo ipso, quod dominus Emphyteusim concessit pro tribus personis, designando illas, solùm voluit, ut personæ designatæ ad Emphyteusim admitterentur, ut ex dictis constat. Non negaverim tamen, contingere aliquando posse, ut concessio Emphyteutica, in qua personæ exprimuntur, non sit merè personalis, sed realis, in qua scilicet præcipuè attendatur ad ipsum genus concessionis pro tot personis, non ad conditionem cujusque personæ expressæ; quod ex qualitate ipsarum personarum, & alijs circunstantijs judicis arbitrio discernendum est. Et tunc licet aliqua earum deficiat, non extinguetur Emphyteusis, sed poterit continuari in alia persona loco deficientis subrogata, dummodo sit talis, ut inspectis omnibus prudenter judicetur, quod dominus vellet eam subrogari posse in defectum expressæ; quia etiam in contractibus à persona expressa receditur ex præsumpta mente contrahentium, *l. tale pactum*, *§. final. ff. de pact.*

8 Dubitari præterea potest, utrùm quando Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus devenit ad aliquem, cujus morte interitura erat, eo quod descendentes non habebat, si is de consensu domini eam vendat alicui filios habenti, perseveret, & perpetuetur talis Emphyteusis in ipso emptore, & ejus descendétibus, post mortem venditoris? Respondet affirmativè Barbosa *in l. usufructu*, 58. *num.* 29. *ff. soluto matrimonio*, ubi cum Ancharrano ait, quod translata Emphyteusi de consensu domini, non debet amplius considerari linea, vel generatio illius, qui transtulit jus suum; sed generatio illius, in quem fuit translata: ac proinde, extincta linea primi acquirentis, non censeri extinctam Emphyteusim in persona illius, ad quem translata fuit. Pro qua resolutione refert Jasonem, Socinum, & Baldum. Et fundatur in eo quod translatio facta sit de consensu domini.

Contrarium nihilominus sentit 9
merito Caldas *de extinct. cap.* 11. *à n.* 40. *& cap.* 13. *n.* 38. *& cap.* 15. *n.* 28. cum alijs, quos refert. Qui consequenter docent, mortuo prædicto venditore, statim Emphyteusim consolidari cum domino directo, & posse dominū illam vendicare. Fundamentum est, quia venditor non potuit plus juris in emptorem transferre, quam ipse haberet, *l. traditio*, *ff. de acquirendo rerum dominio*, *l. nemo plus*, *ff. de regul. juris*; Vnde cùm venditor in casu proposito solùm haberet jus Emphyteuticum pro tempore vitæ suæ, & cum ea extinguēdum, non potuit plus in emptorem transferre, & consequenter non potuit emptor melioris conditionis reddi, quam esset venditor, à quo causam habet. Neque in contrarium urget, translatam esse Emphyteusim in illū emptorem de consensu domini, quia ejusmodi consensus requiritur, & præstatur, ut valeat alienatio, non verò, ut domino directo noceat, neque enim intentio domini illum præstantis est sibi in aliquo præjudicare: consensus autem nihil ultra intentionem consentientis operatur, *l. qui eum*, *ff. de transactionibus*, *& l. ex testamento*, *ff. de exception. rei judicata.* Objici potest contra hanc resolutionem textus *in cap. nuper*, *de donation. inter virum*, *& uxorem*: ubi usufructus, quem vir uxori donavit, durat in uxore post mortem viri, si donatus sit de consensu proprietarij: secus autem, si absque illius consensu. Sed jam ad hanc objectionem factam contra similem resolutionem respondimus *disp.* 6. *sect.* 6. *§.* 1. *vers. his tamen*, *n.* 115.

Merito autem traditam resolutionem limitat Cald. *d. cap.* 11. *num.* 41. 10
ut non procedat, quando in scriptura venditionis expressum esset, quod venditor Emphyteusim vendebat emptori pro eo, & suis hæredibus. Nam tunc si dominus simpliciter consensum præsti-

Renovatio Emphyteusis petenda est intra annum post finitum Emphyteusim: alias non tenetur dominus illam concedere. num. 48.

Non incipit autem ille annus currere, nisi à die scientiæ. Et si Emphyteusis sit hæreditaria, non incipit talis annus ante aditam hæreditatem. n. 49.

Si renovatio non petatur intra prædictum annum, potest mora purgari intra modicum tempus. Et probabile est semper peti posse, quandiu dominus non declarat se nolle amplius teneri illam concedere. eodem n. 49.

Minori 25. annorum competit restitutio adversus lapsum prædicti anni. ibid.

Renovatio potest peti post prædictum annum, quando justum intervenit impedimentum, ne intra illum peteretur. Et quodnam censeatur justum impedimentum? n. 50.

Quid si dubitetur, an impedimentum fuerit justum? Et an ultra impedimentum requiratur protestatio? ibid.

Non potest dominus denegare renovationem petenti illam post dictum annum, si scienter pensionem ab eo recepit post illum annum elapsum. n. 51.

Si dominus intra prædictum annum renovationem concessit non habenti jus ad illam, potest qui jus habebat, illam petere etiam post annum, & excludere provisum usque ad triginta annos. 52.

Aliqui contrarium sentiunt, saltem quando is, cui renovatio debebatur, non erat in possessione, & antequam illam caperet dominus concessit alteri renovationem, eumque in possessionem misit. num. 53. & 54.

Utrùm hac sententia retenta, teneatur ille, cui renovatio facta est, alteri restituere? eodem n. 54.

Prior tamen sententia posita. num. 52. sustinetur, & amplius roboratur. num. 55.

Fundamenta contraria solvuntur. num. 56.

Pro renovatione obtinenda competit jus in re. n. 55.

Officium judicis æquitate suffultum habet se instar actionis realis; & qui illi est obnoxius, realiter tenetur. n. 56.

Dominus retinens apud se rem Emphyteuticam, & renovationem denegans ei, cui illa competebat, censetur possessor malæ fidei, & debet restituere fructus. eodem n. 56.

Lapsus prædicti anni non tollit, quominus renovatio peti possit, quando ultimus Emphyteuta non possidebat Emphyteusim, sed alius tertius, cum quo litigium habebat. n. 57.

An prædicti anni lapsus noceat, quando plures litigant super dominio directo, vel super hæreditate, in qua Emphyteusis continetur? eodem n. 57. remissivè.

Si is, cui primo loco renovatio competebat, moriatur intra primum annum, ille, qui proximè sequitur, habet integrum annum post ejus mortem, ad renovationem petendam. n. 58.

At contrarium etiam est satis probabile. n. 59.

Si mota lite adversus proximiorem agnatum renovationem petentem, & sic interrupta præscriptione anni ad petendam renovationem concessi, talis agnatus moriatur, an ea lis, & interruptio prosit sequenti agnato, ut non obstante lapsu illius anni renovationem petere possit? eodem num. 59. remissivè.

Capitales inimicitiæ ortæ inter dominum, & Emphyteutam, vel ejus successorem, excusant successorem non petentem renovationem, dum illæ durant. n. 60.

46 Circa hanc quæstionem statuendum in primis est, non deberi renovationem, antequam Emphyteusis vacet, sive per mortem, sive per renunciationem. Ita omnes supponunt, & tradit Caldas *de renov. q. 5. n. 1.* dicens, quod juxta praxim hujus regni, neque eidem possessori renovatio facienda est, quin prius rem, & possessionem in manibus domini renunciet; in cujus confirmationem adducit Constitutiones Bracharenses, tit.

tit. 19. ubi id quoad Emphyteuses Ecclesiasticas præcipitur.

47 Statuendum deinde, non posse fieri renovationem alicui durante prima concessione Emphyteutica in persona alterius, nisi ille consentiat. Ita relatis alijs idem Caldas *d. quæst.* 5. *à num.* 1. *& quæst.* 20. *num.* 4. Et constat facilè, quia tam civili, quam canonico jure damnatur impetratio beneficij personæ viventis: tum quia inducit votum captandæ mortis: tum maximè, quia res unius, dum ille non consentit, non potest in alium transferri, juxta regulam, *Id quod nostrum est, sine facto nostro transferri non potest. l. id quod nostrum, ff. de regulis juris.* Quare citra dubium est, non posse durante prima investitura concedi aliam in ejus præjudicium, ut etiam tradit Gama *decis.* 36. *num.* 1. Illud autem dubio non caret, an possit renovatio fieri durante prima investitura, & non consentiente possessore investito, si ipsa renovatio, & ejus effectus conferatur in tempus, quo prima investitura finita sit? Videtur non posse, quemadmodum in beneficijs Ecclesiasticis dispositum est, *cap. nulla, & cap. relatum, de concessione prabendæ*, ubi cavetur, ne beneficia Ecclesiastica concedantur, vel promittantur antequam vacent. Oppositum nihilominus sentit Cald. *d. quæst.* 5. *n.* 4. & probat ex multis textibus, qui in simili de feudis id admittunt.

48 Statuendum tertiò, & principaliter, renovationem Emphyteusis peti debere intra annum, post finitam Emphyteusim, & si intra illum non petatur, non teneri dominum illam concedere. Ita relatis pluribus Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, *§. Emphyteusis*, *quæst.* 43. *§. penult.* Caldas *de renov. quæst.* 5. *n.* 11. Gabriel Pereira *decis.* 128. *num* 4. Mol. *disp.* 484. *num.* 6. Rebel. *lib.* 13. *quæst.* 18. *num.* 33. Frag. *tomo* 3. *disp.* 14. *§.* 2. *n.* 1. & cæteri omnes, qui hac de re tractant, licet Valascus *quæst.* 39. *de jure Emphyt. num.* 16. videatur dissentire, dicens hanc sententiam receptam quidem esse in praxi hujus regni, at nullo civili jure fulciri. Cæterum nobis satis est esse usu receptam: nec certè leve habet fundamentum in jure. Nam qui habet jus petendi feudum, si per annum taceat, postea non auditur, textus *in cap.* 1. *§. si quis decesserit*, *vers. Titius filios*, *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnatos.* Item, qui habebat facultatem redimendi feudum à vassalo alienatum, si id non faciat intra annum, eam facultatem amittit, *cap.* 1. *§. porrò*, *qualiter olim poterat feudum alienari*: unde apud Juristas communiter videtur receptum silentium annale habere vim repudiationis. Merito igitur, ac juxta ipsius juris regulas, introductum est, ut renovatio intra annum petatur, alioqui non debeatur.

Non incipit autem prædictus 49
annus currere, nisi à die scientiæ probabilis. Vnde quandiu successor ultimi Emphyteutæ ignorat rem esse Emphyteuticam, aut finitam esse Emphyteusim, talis annus ei non currit, Caldas, cum alijs *dicta quæst.* 5. *num.* 25. *&* 26. *& quæst.* 6. *num.* 21. & Fragos. *dicto §.* 2. *sub num.* 6. *vers. similiter anni.* Item si Emphyteusis sit hæreditaria, non incipiet ille annus ante aditam hæreditatem, ut idem Caldas probat *dicta quæstione* 5. *num.* 27. rejecta quorundam sententia, qui idem volunt, etiam quando Emphyteusis hæreditaria non est. Præterea, si intra prædictum annum renovatio non petatur, videtur posse mora purgari, petendo illam postea intra modicum tempus judicis arbitrio considerandum, ut in feudis tenet communior sententia, quam in Emphyteusibus sequitur Caldas *supra*, *num.* 18. Qui etiam *num.* 17. tradit probabile esse, quòd quandiu dominus prædicto anno transacto non

declarat, se nolle amplius teneri renovare, potest renovatio peti: & si ante declarationem proximior decedat, non potest renovatio sequenti denegari. Pro qua opinione citat alios, inter quos Bursatus *consil.* 91. *numer.* 23. *volum.* 1. eam dicit communem. Jam verò, si is, qui distulit renovationem petere, erat minor viginti quinque annorum, competit ei restitutio adversus lapsum illius anni, ut tradit Gama, *decis.* 117. *numer.* 3. late Caldas *dicta quæst.* 5. *numer.* 22. & relatis pluribus, Fragos. *dicto.* §. 2. *sub num.* 6. *vers. item lapsus*; ubi etiam advertit, quòd lapsus illius anni non nocet minori non excedenti annos 14. etiam citra beneficium restitutionis, per textum *in cap. imperialem*, §. *præterea*, *de prohibita feudi alien.* & *in cap.* 1. §. *si minori*, *si de feudo sit conten. inter domin.* & *agnat.*

50 Multi præterea sunt casus, in quibus renovatio post prædictum annum peti potest. Primus est, quando justa causa, seu impedimentum intervenit, ne intra illum annum postularetur. Caldas *dicta quæst.* 5. *num.* 23. per textum *in cap. finali*, *de prohibita feudi alienatione per Lotharium*. Quæ autem sit justa causa, seu impedimentum excusans? declaratur *in cap.* 1. *quo tempore miles investituram petere potest*, esse causam mortis, inimicitiæ capitalis, infantiæ, infamiæ, vel justæ absentiæ. Cæterùm justum etiam impedimentum est, pestis, ægritudo, carceris detentio, bellum, non tutus accessus ad locum ubi est dominus, præceptum superioris præcipientis aliquid impediens petere renovationem, & similia, dummodo probetur, quod verè fuerint in causa, cur renovatio petita non fuerit: quando autem dubiū extiterit, an impedimentum fuerit justum, arbitrio judicis standum est, prout hæc omnia ex jure, & Doctoribus probat Caldas *supra*. An verò ultra impedimentum requiratur, quod impeditus de illo protestetur? In utramque partem sunt Doctores, & semper tutius erit protestari. Vide Caldas *supra*, & *quæst.* 7. *num.* 4. ubi etiam à *num.* 1. tractat, an excommunicatio domini, vel ipsius successoris ultimi Emphyteutæ sit impedimentum excusans à petenda renovatione intra prædictum annum.

Secundus casus est, quando dominus post elapsum annum scienter pensionem recepit ab existente in possessione, cui aliàs renovatio competebat; quod tunc dominus juri illum expeliendi renunciasse, ejusque negligentiam remisisse videatur. Ita Valascus *consult.* 101. *num.* 3. & Caldas *de renovat. quæst.* 5. *num.* 30. Gabriel Pereira *decis.* 128. *sub num.* 5. & Frag. *dicto* §. 2. *sub num.* 6. *vers. quarta propositio.* Qui bene advertit, hoc procedere, si dominus scienter recipiat: aliàs enim non censetur remittere. 51

Tertius casus est, quando intra prædictum annum facta est renovatio alicui extraneo, excluso proximiore consanguineo, cui illa competebat: tunc enim etiam post talem annum elapsum potest ille consanguineus renovationem petere, & excludere extraneum usque ad triginta annos: si autem renovatio facta fuerit consanguineo remotiori, illius anni lapsus proximiorem excludit. Sic Tiraquelus *de retractu lignag.* §. 1. *glossa* 10. *numer.* 9. Gama *decis.* 117. *num.* 2. referens ita fuisse judicatum, Valascus *dicta consult.* 101. *sub num.* 3. Caldas *de renovat. quæst.* 5. *num.* 33. *juncta quæst.* 6. *num.* 1. Gabriel Pereira *d. decis.* 128. *num.* 4. Fragos. *d.* §. 2. *n.* 7. & alij quos referunt, qui id sumunt ex Glossa finali, *in cap.* 1. §. *si quis decesserit*, *vers. Titius filios*, *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum*, & *agnatos*, *verbo*, *consensit*, ubi hoc ipsum statuit circa petitionem feudi. 52

Tertia nihilominus resolutio 53
non

tit. 19. ubi id quoad Emphyteuses Ecclesiasticas præcipitur.

47 Statuendum deinde, non posse fieri renovationem alicui durante prima concessione Emphyteutica in persona alterius, nisi ille consentiat. Ita relatis alijs idem Caldas *d. quæst.* 5. *à num.* 1. *& quæst.* 20. *num.* 4. Et constat facilè, quia tam civili, quam canonico jure damnatur impetratio beneficij personæ viventis: tum quia inducit votum captandæ mortis: tum maximè, quia res unius, dum ille non consentit, non potest in alium transferri, juxta regulam, *Id quod nostrum est, sine facto nostro transferri non potest. l. id quod nostrum, ff. de regulis juris.* Quare citra dubium est, non posse durante primà investitura concedi aliam in ejus præjudicium, ut etiam tradit Gama *decis.* 36. *num.* 1. Illud autem dubio non caret, an possit renovatio fieri durante prima investitura, & non consentiente possessore investito, si ipsa renovatio, & ejus effectus conferatur in tempus, quo prima investitura finita sit? Videtur non posse, quemadmodum in beneficijs Ecclesiasticis dispositum est, *cap. nulla, & cap. relatum, de concessione prabendæ*, ubi cavetur, ne beneficia Ecclesiastica concedantur, vel promittantur antequam vacent. Oppositum nihilominus sentit Cald. *d. quæst.* 5. *n.* 4. & probat ex multis textibus, qui in simili de feudis id admittunt.

48 Statuendum tertiò, & principaliter, renovationem Emphyteusis peti debere intra annum, post finitam Emphyteusim, & si intra illum non petatur, non teneri dominum illam concedere. Ita relatis pluribus Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *quæst.* 43. §. *penult.* Caldas *de renov. quæst.* 5. *n.* 11. Gabriel Pereira *decis.* 128. *num* 4. Mol. *disp.* 484. *num.* 6. Rebel. *lib.* 13. *quæst.* 18. *num.* 33. Frag. *tomo* 3. *disp.* 14. §. 2. *n.* 1. & cæteri omnes, qui hac de re tractant, licet Valascus *quæst.* 39. *de jure Emphyt. num.* 16. videatur dissentire, dicens hanc sententiam receptam quidem esse in praxi hujus regni, at nullo civili jure fulciri. Cæterum nobis satis est esse usu receptam: nec certè leve habet fundamentum in jure. Nam qui habet jus petendi feudum, si per annum taceat, postea non auditur, textus *in cap.* 1. §. *si quis decesserit*, *vers. Titius filios*, *si de feudo defuncti contentio sit inter dominum, & agnatos.* Item, qui habebat facultatem redimendi feudum à vassalo alienatum, si id non faciat intra annum, eam facultatem amittit, *cap.* 1. §. *porrò; qualiter olim poterat feudum alienari:* unde apud Juristas communiter videtur receptum silentium annale habere vim repudiationis. Merito igitur, ac juxta ipsius juris regulas, introductum est, ut renovatio intra annum petatur, alioqui non debeatur.

Non incipit autem prædictus annus currere, nisi à die scientiæ probabilis. Vnde quandiu successor ultimi Emphyteutæ ignorat rem esse Emphyteuticam, aut finitam esse Emphyteusim, talis annus ei non currit, Caldas, cum alijs *dicta quæst.* 5. *num.* 25. & 26. *& quæst.* 6. *num.* 21. & Fragos. *dicto* §. 2. *sub num.* 6. *vers. similiter anni.* Item si Emphyteusis sit hæreditaria, non incipiet ille annus ante aditam hæreditatem, ut idem Caldas probat *dicta quæstione* 5. *num.* 27. rejecta quorundam sententia, qui idem volunt, etiam quando Emphyteusis hæreditaria non est. Præterea, si intra prædictum annum renovatio non petatur, videtur posse mora purgari, petendo illam postea intra modicum tempus judicis arbitrio considerandum, ut in feudis tenet communior sententia, quam in Emphyteusibus sequitur Caldas *supra*, *num.* 18. Qui etiam *num.* 17. tradit probabile esse, quòd quandiu dominus prædicto anno transacto non 49

Aaa decla-

hoc enim eventu filius ejus, seu ille, qui proximè sequitur, habet integrum annum post illius mortem ad renovationem petendam. Ita loquendo de feudis sentiunt multi apud Caldas *de renovatione, quæst. 6. num. 19.* Ratio est; quia talis successor non habet jus renovationis ab eo, cui primo loco competebat talo jus, sed vel ab ultimo Emphyteuta, vel ab
58 ipso domino; & ideo tempus in persona illius prædefuncti inceptum ipsi nocere non potest, quominus integrum annum habere debeat ad renovationem petendam. Unde non obstat, quod objici posset ex textu, *in l. cum antiquioribus, Cod. de jure deliberandi*, ubi qui habet annum ad deliberandum circa hæreditatem acceptandam, si moriatur anno pendente, non integrum annum, sed residuũ incepti ad hæredes transmittit, ut in eo deliberare possint. Nam jus deliberandi, quod tunc hæredibus competit, non ab alio, quam ab ipso defuncto transmissum est, & propterea solùm tempus, quod ipsi restabat, ad eos transit; in nostro verò casu jus renovationis non devenit ab eo, cui prius competebat.

59 Cæterùm Caldas *supra num. 20.* cum Carolo Molineo credit prædicto successori non competere, nisi solùm residuum anni, quod post defunctum proximiorem restat, ut domini præjudicium vitetur, cujus sæpè magni intererit habere Emphyteusim, & non esse suam Emphyteusim in suspenso ultra primum annum post eam finitam. Vtraque sententia est satis probabilis. Vtrùm verò, si mota lite adversus proximiorem agnatum renovationem petentem, & sic interrupta præscriptione anni ad petendam renovationem concessi, talis agnatus moriatur, ea lis, & interruptio prosit sequenti agnato, ut non obstante lapsu anni illius renovationem petere possit? Tractat idem Caldas *quæst. 10. num. 11.* & negativè quæstionem resolvit. Illum consule.

Sextus casus est, quando capitales inimicitiæ inter dominum, & Emphyteutam, vel ejus successorem intercessere. Illis enim durantibus excusatur successor renovationem non petens, ut resolvit Caldas *de renovat. quæst. 7. num. 16.* cum Cassanæo, Jacobino, & Præposito, id in feudo tenentibus, quorum ultimus concludit, propter inimicitias non adstringi vassallum, etiam procuratorem mittere ad investituram petendam. Addit tamen Caldas, hoc non procedere, si inimicitia ad hunc finem fuit affectata; imo neque juxta aliquos, si ipse Emphyteuta, vel ejus successor ei causam dedit; licet affectata non fuerit. Sed hoc ultimum minùs probabile censet idem Doctor *n. 19.* 60

SECTIO QUARTA.

Quomodo renovatio Emphyteusis peti; & concedi debeat?

SUMMARIUM.

In renovatione Emphyteusis non oportet servari omnes solemnitates, quæ ad rem primò Emphyteuticandam postulantur. num. 61.

Si Emphyteusis sit ecclesiastica, sufficit quod detur justa causa, & quod res nondum pleno jure ad mensam Ecclesiæ redijsset, ad hoc ut renovatio concedi possit. ibidem.

Renovatio Emphyteusis debet fieri per scripturam publicam. Et quæ sit necessitas hujus solemnitatis? n. 62.

Vtrùm renovatio Emphyteusis induci possit ex tacito consensu domini pensionem recipientis? ibidem.

Quando renovatio est debita, non potest dominus in ea recedere à clausulis, &

& forma primæ investituræ, in præjudicium eorum, quibus debetur, nisi illi consentiant. Neque in præjudicium Ecclesiæ, si Emphyteusis sit Ecclesiastica; nisi prævijs solemnitatibus ad primam concessionem requisitis. n. 63.

Quando renovatio non est debita, potest dominus eam concedens recedere à clausulis primæ investituræ in præjudicium recipientium. n. 64.

Si possessor Emphyteusim renunciet in manus domini sub conditione, quod eam renovet in ejus filio, debet renovatio fieri sub eadem forma, & clausulis primæ concessionis. eod. n. 64.

Si dominus renovationem debens aliquid addat, vel adimat, quo à prima investitura recedatur, id, quod additum, vel ademptum fuerit in præjudicium recipientis, haberi debet pro non addito, vel non adempto. n. 65.

Licet dominus renovationem facere debeat juxta formam primæ investituræ, tamen potest pensionem augere judicio arbitratorum: & quomodo hi arbitrari debeant? n. 66.

In Emphyteusibus Ecclesiæ non est minuenda pensio ab electis arbitris taxata. ibidem.

Utrùm in renovatione possit augeri pensio, quando res fuit meliorata expensis Emphyteutæ? n. 67.

61 IN hac quæstione statuo primò, debere in petenda, & concedenda renovatione servari formam, & solemnitates consuetas; necessarium autem non esse servari omnes, quæ ad rem primò Emphyteuticandam requiruntur. Unde si Emphyteusis sit Ecclesiastica, non sunt necessarij tractatus, qui ad primam ejus concessionem postulantur, sed sufficit dari justam causam, & quod res nondum pleno jure ad mensam Ecclesię redijsset, ut latè & multis relatis Doctoribus tradidimus *disp. 2. sect. 2. §. 3.* Quamvis Cald. *de renovat. q. 14. n. 3. & q. 20. n. 1.* asserat contrarium observari in praxi hujus regni, id est, solere præmitti tractatus, & alia, quæ in prima concessione adhiberi solent; quæ quomodo fiant; tradit distinctè *d. q. 20. à principio*: atque ita de jure tenendum esse censet *d. q. 14. n. 4.* dicens, hoc sibi esse jure probabilius. Cæterùm à priori sententia etiam in hoc regno recedendum non est, ut citato loco notavimus cum Molina *disp. 468. n. 18. ad finem.*

Qualiscumque autem sit Emphyteusis, debet ejus renovatio fieri per scripturam publicam juxta cōmunem Doctorum, quos referunt, & sequuntur Valascus *de jure Emphyt. q. 7. n. 10* & Caldas *de renovat. q. 1. n. 2.* Quæ quidem scriptura in Emphyteusi Ecclesiastica est de substantia contractus: in sęculari autem solùm videtur esse necessaria ad probationem pro foro externo, ut pro prima concessione tradidimus, *disp. 1. sect. 2. in princip.* Eadem autem est ratio de renovatione, quæ est distincta concessio sequens naturā primæ, & ita censet idem Caldas *d. n. 2.* Consentit in his Frag. *tomo 3. disp. 14. §. 2. sub n. 12. vers. nona propositio, & seq.* Et inde contra aliquos infert non posse induci renovationem Emphyteusis Ecclesiasticę ex tacito consensu, & patientia domini pensionem recipientis à possessore; quod tacitus consensus non sufficiat, quando scriptura necessariò exigitur, per *l. item quæritur, §. qui impleto*, & ibi Barth. & Bald. *ff. locati.* Et præterea, quia deficiente scriptura, ubi illa est de substantia, deficit forma contractus, & sic absque illa induci non potest. Illum consule. 62

Statuo secundò, quando renovatio est debita, non posse dominum in ea recedere à clausulis, & forma primæ investituræ, absque consensu eorū, quibus debetur. Ita communiter Doctores, quos latissimè refert eos sequēs Caldas *de renovat. q. 3. à n. 7.* & Frag. *d. tom. 3. disp. 9. §. 14. n. 4. & seqq.* ubi ad multa particularia descendit. Ratio 63

est,

est, quia renovatio non est titulus novus, sed quædam continuatio prioris tituli, seu investituræ, ut relatis alijs definiunt Valascus *de jure Emphyt. q. 11. n. 15. ad finem*, Gama *decis. 222. num. 7.* Cald. *supra n. 1.* & cæteri communiter: prior autem investitura non censetur continuari, quando receditur à forma, & clausulis illius: ergo quando talis renovatio, seu continuatio est debita, fieri debet sub forma, & clausulis primæ investituræ, nec potest ab eis recedi. Addidi, *absque consensu eorum, quibus debetur*: nam si hi consentiant, bene potest in eorum præjudicium recedi à prima concessione, ut docent plerique apud Caldas *d. q. 3. num. ult.* Et patet, quia illis consentientibus, posset dominus primam concessionem simpliciter non renovare: ergo à fortiori recedere ab ea quoad aliquid in eorum præjudicium. Dico, *in eorum præjudicium*, quia si Emphyteusis sit Ecclesiastica, non potest in eorum favorem recedi à prima investitura cum præjudicio Ecclesiæ dominæ directæ absque solemnitatibus ad primam cōcessionem requisitis: ut si prima Emphyteusis erat concessa ad tres vitas, non potest renovari ad quatuor sine prædictis solemnitatibus, ut cōnstat ex traditis *disp. 2. sect. 2. §. 2. n. 24.*

64 Statuo tertiò. Quando renovatio non est debita, ut quando Emphyteusis finita est propter commissum, vel ob caducitatem, aut simplicem renunciationem in manus domini, tunc bene potest dominus recedere prout maluerit à prima investitura in præjudicium recipientium. Ratio patet ex dictis; nam cum dominus possit simpliciter, & omnino renovationem denegare, quando illa non est debita, nihil obstat, quominus recedere possit à prima concessione, mutando formam, & clausulas illius, quin recipiens conqueri possit. Unde tunc concessio ab eo facta non erit proprie renovatio antiquæ Emphyteusis; sed alia nova Emphyteusis, ut bene docet Caldas *de renovat. q. 3. num. 15. & q. 4. num. 11. & 12.* Quando autem possessor Emphyteusim renunciaverit in manibus domini non simpliciter, & absolute, sed sub ea conditione, & pacto, ut ejus renovationem concedat filio, tunc renovatio sub eadem forma, & clausulis concedi debet; neque Emphyteusis in tali filio renovata censenda erit nova, sed antiqua, ut est textus *in cap. 1. de vassallo decrepitæ ætatis*, & notat cum alijs Caldas *d. q. 3. n. 12.*

Adverte autem primò, quando renovatio juxta supra dicta fieri debet secundum formam primæ investituræ, & nihilominus aliquid in ea ponitur, vel adimitur, quo à prima investitura recedit, sustinendam esse talem renovationem quoad id, in quo non recedit à prima investitura: id vero, quod adjectum, vel ademptum est in præjudicium recipientis, habendum esse pro non adjecto, vel non adepto: ut si in renovatione solum admittuntur masculi, cum prima investitura fœminas etiam comprehenderet, non debent fœminæ excludi, sed admitti ex prima investitura, ne pactio in alterius detrimentum mutationem recipiat; *l. ab emptione, ff. de pactis*. Item è contra; posterior concessio fœminas comprehendens illis non prodest, si solū masculi ex priori admittebantur. Ita ex Paulo Castrensi, & alijs Caldas *d. q. 3. n. 8.* & videtur consentire Julius Clarus, *lib. 4. sententiarum, §. Emphyteusis, quæst. 6. n. 2.* quatenus docet; quando Emphyteusis conceditur alio modo, quam solita est, sustineri eam concessionem in forma solita. 65

Adverte secundò; licet renovatio, quando est debita, fieri debeat juxta formam prioris investituræ, attamen posse dominum maiorem pensionē imponere, atque ita fieri solere judicio arbitratorum, qui post rem Emphyteuticam bene inspectam, præstito juramento arbitrantur, an, & quantum pos- 66

sequentis, eo ipso, quod dominus Emphyteusim concessit pro tribus personis, designando illas, solùm voluit, ut personæ designatæ ad Emphyteusim admitterentur, ut ex dictis constat. Non negaverim tamen, contingere aliquando posse, ut concessio Emphyteutica, in qua personæ exprimuntur, non sit merè personalis, sed realis, in qua scilicet pręcipuè attendatur ad ipsum genus concessionis pro tot personis, non ad conditionem cujusque personæ expressæ; quod ex qualitate ipsarum personarum, & alijs circunstantijs judicis arbitrio discernendum est. Et tunc licet aliqua earum deficiat, non extinguetur Emphyteusis, sed poterit continuari in alia persona loco deficientis subrogata, dummodo sit talis, ut inspectis omnibus prudenter judicetur, quod dominus vellet eam subrogari posse in defectum expressæ; quia etiam in contractibus à persona expressa receditur ex præsumpta mente contrahentium, *l. tale pactum*, *§. final. ff. de pact.*

8 Dubitari præterea potest, utrùm quando Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus devenit ad aliquem, cujus morte interitura erat, eo quod descendentes non habebat, si is de consensu domini eam vendat alicui filios habenti, perseveret, & perpetuetur talis Emphyteusis in ipso emptore, & ejus descendétibus, post mortem venditoris? Respondet affirmativè Barbosa *in l. usufructu*, 58. *num.* 29. *ff. soluto matrimonio*, ubi cum Ancharrano ait, quod translata Emphyteusi de consensu domini, non debet amplius considerari linea, vel generatio illius, qui transtulit jus suum; sed generatio illius, in quem fuit translata: ac proinde, extincta linea primi acquirentis, non censeri extinctam Emphyteusim in persona illius, ad quem translata fuit. Pro qua resolutione refert Jasonem, Socinum, & Baldum. Et fundatur in eo quod translatio facta sit de consensu domini.

Contrarium nihilominus sentit 9 merito Caldas *de extinct. cap.* 11. *à n.* 40. *& cap.* 13. *n.* 38. *& cap.* 15. *n.* 28. cum alijs, quos refert. Qui consequenter docent, mortuo prædicto venditore, statim Emphyteusim consolidari cum domino directo, & posse dominũ illam vendicare. Fundamentum est, quia venditor non potuit plus juris in emptorem transferre, quam ipse haberet, *l. traditio*, *ff. de acquirendo rerum dominio*, *l. nemo plus*, *ff. de regul. juris*. Vnde cùm venditor in casu proposito solùm haberet jus Emphyteuticum pro tempore vitæ suæ, & cum ea extinguẽdum, non potuit plus in emptorem transferre, & consequenter non potuit emptor melioris conditionis reddi, quam esset venditor, à quo causam habet. Neque in contrarium urget, translatam esse Emphyteusim in illũ emptorem de consensu domini, quia ejusmodi consensus requiritur, & præstatur, ut valeat alienatio, non verò, ut domino directo noceat, neque enim intentio domini illum præstantis est sibi in aliquo præjudicare: consensus autem nihil ultra intentionem consentientis operatur, *l. qui eum*, *ff. de transactionibus*, *& l. ex testamento*, *ff. de exception. rei judicatæ*. Objici potest contra hanc resolutionem textus *in cap. nuper*, *de donation. inter virum*, *& uxorem*: ubi usufructus, quem vir uxori donavit, durat in uxore post mortem viri, si donatus sit de consensu proprietarij: secus autem, si absque illius consensu. Sed jam ad hanc objectionem factam contra similem resolutionem respondimus *disp.* 6. *sect.* 6. *§.* 1. *vers. his tamen*, *n.* 115.

Merito autem traditam resolutionem limitat Cald. *d. cap.* 11. *num.* 41. 10 ut non procedat, quando in scriptura venditionis expressum esset, quod venditor Emphyteusim vendebat emptori pro eo, & suis hæredibus. Nam tunc si dominus simpliciter consensum præsti-

præstitit, non poterit mortuo venditore Emphyteusim revocare; quia illis verbis censebitur concessionem prorogasse. Cessabit tamen ejusmodi præsumptio,& prorogatio, si dominus cōsensum præstitisset cum hac clausula, *saluo jure meo*, ut idem Caldas notat.

11 Sed quæres,an extincta in casu proposito Emphyteusi per mortem venditoris, possit emptor, aut ejus filij renovationem petere,eamque dominus cōcedere teneatur? Respondet negativè Caldas *locis citatis*, quia si illa Emphyteusis non fuisset vendita, nemini deberetur renovatio post mortem possessoris, siquidem interiret per caducitatem, eo quod ille non haberet descendentes, pro quibus tantummodo concessa erat; in quo eventu nemo extabat, qui haberet qualitatem in investitura requisitam, sine qua nemini renovatio debetur, ut ex præcedente *disp. sect.* 2. satis constat. Igitur cum in emptorem non transeat plus juris, quam erat penes venditorem, fit, ut vendita tali Emphyteusi, jus renovationis in emptorem, aut ejus filios non transeat, sed ubi mortuo venditore Emphyteusis extinguitur, statim cum dominio directo absque renovandi obligatione consolidetur, perinde ac si vendita non fuisset. Vnde hanc generalem regulam statuit Caldas *locis citatis*, ut quoties renovatio Emphyteusis non deberetur hæredibus; aut successoribus venditoris, si tempore mortis penes illum extitisset; neque etiam debeatur emptori, aut illius successoribus: & è contra, quoties deberetur successoribus venditoris; etiam emptori, & ejus successoribus debeatur. Quæ regula mihi videtur satis probabilis: nescio autem, an in praxi observetur.

12 Illud etiam pro extinctione ob caducitatem notandum, quando Emphyteusis esset hæreditaria, & nemo vellet acceptare hæreditatem Emphyteutæ defuncti, extingui, & amitti domino Emphyteusim, licet is, ad quem hæreditas pertinebat, ipsam Emphyteusim acceptare vellet, ut bene docet Syluest. *verb. Emphyteusis*, *q.* 5. *vers. tertio*, & Azor *p.* 3. *lib.* 10. *tract. de Emphyt. cap.* 9. *in principio*. Ratio est, quia in hoc casu deest qui habeat qualitatem requisitam,ut in talem Emphyteusim succedere possit, cùm sit concessa pro hæredibus, qui re ipsa hæreditatem adeant. Et preterea, quia talis Emphyteusis est pars hereditatis illius defuncti: hæreditas autem non potest pro parte acceptari, & pro parte repudiari, ut est notissimum.

Pro extinctione tandem ob renunciationé in manibus domini, duo sunt notanda. Primum est, ut Emphyteusis per ejusmodi renunciationem extinguatur, oportere, ut dominus talem renunciationem liberè acceptet: illo enim invito,aut non acceptante, non est integrum possessori Emphyteusim demittere, ut relatis multis tradidimus, *disp.* 4. *sect.* 7. §. 9. *n.* 152. cum neutri contrahentium integrum sit resilire à contractu mutuo, qualis est Emphyteuticus, nisi alter consentiat. Oportet præterea, ut Emphyteusis ejus sit naturæ, ut possessor eam alienare possit in præjudicium successorum: alioqui neque in manibus domini renūciari poterit, ut constat ex traditis *disp.* 5. *sect.* 3. ubi speciatim id notavimus §. 1. *n.* 52. 13

Secundum est: licet quando Emphyteusis aliàs extinguitur, ut propter commissum, vel finitas generationes, pro quibus fuit concessa, debeat res Emphyteutica redire ad dominum libera à quavis servitute, & onere ipsi per Emphyteutam imposito, juxta ea, quæ tradidimus *disp.* 4. *sect.* 6. §. 2. *n.* 96. & notat Caldas *de renovat. q.* 18. *num.* 17. *& de extinct. cap.* 5. *num.* 22. *& cap.* 13. *n.* 25. attamen hoc non procedit, quando Emphyteusis ad dominum revertitur per viam renunciationis, ut constat ex ibidem notatis circa reversionem Emphyteusis ad dominū titulo 14

sequentis, eò ipso, quod dominus Emphyteusim concessit pro tribus personis, designando illas, solùm voluit, ut personæ designatæ ad Emphyteusim admitterentur, ut ex dictis constat. Non negaverim tamen, contingere aliquando posse, ut concessio Emphyteutica, in qua personæ exprimuntur, non sit merè personalis, sed realis, in qua scilicet precipuè attendatur ad ipsum genus concessionis pro tot personis, non ad conditionem cujusque personæ expressæ; quod ex qualitate ipsarum personarum, & alijs circunstantijs judicis arbitrio discernendum est. Et tunc licet aliqua earum deficiat, non extinguetur Emphyteusis, sed poterit continuari in alia persona loco deficientis subrogata, dummodo sit talis, ut inspectis omnibus prudenter judicetur, quod dominus vellet eam subrogari posse in defectum expressæ;quia etiam in contractibus à persona expressa receditur ex præsumpta mente contrahentium, *l. tale pactum*, *§. final. ff. de pact.*

8 Dubitari præterea potest, utrùm quando Emphyteusis concessa pro filijs, & descendentibus devenit ad aliquem, cujus morte interitura erat, eo quod descendentes non habebat, si is de consensu domini eam vendat alicui filios habenti, perseveret, & perpetuetur talis Emphyteusis in ipso emptore, & ejus descendétibus, post mortem venditoris? Respondet affirmativè Barbosa *in l. usufructu*, 58. *num.* 29. *ff. soluto matrimonio*, ubi cum Ancharrano ait, quod translata Emphyteusi de consensu domini, non debet amplius considerari linea, vel generatio illius, qui transtulit jus suum; sed generatio illius, in quem fuit translata: ac proinde, extincta linea primi acquirentis, non censeri extinctam Emphyteusim in persona illius, ad quem translata fuit. Pro qua resolutione refert Jasonem, Socinum, & Baldum. Et fundatur in eo quod translatio facta sit de consensu domini.

Contrarium nihilominus sentit merito Caldas *de extinct*, *cap.* 11. *à n.* 40. *& cap.* 13. *n.* 38. *& cap.* 15. *n.* 28. cum alijs, quos refert. Qui consequenter docent, mortuo prædicto venditore, statim Emphyteusim consolidari cum domino directo, & posse dominũ illam vendicare. Fundamentum est, quia venditor non potuit plus juris in emptorem transferre, quam ipse haberet, *l. traditio*, *ff. de acquirendo rerum dominio*, *l. nemo plus*, *ff. de regul. juris*. Vnde cùm venditor in casu proposito solùm haberet jus Emphyteuticum pro tempore vitæ suæ, & cum ea extinguẽdum, non potuit plus in emptorem transferre, & consequenter non potuit emptor melioris conditionis reddi, quam esset venditor, à quo causam habet. Neque in contrarium urget, translatam esse Emphyteusim in illũ emptorem de consensu domini, quia ejusmodi consensus requiritur, & præstatur, ut valeat alienatio, non verò, ut domino directo noceat, neque enim intentio domini illum præstantis est sibi in aliquo præjudicare: consensus autem nihil ultra intentionem consentientis operatur, *l. qui eum*, *ff. de transactionibus*, *& l. ex testamento*, *ff. de exception. rei judicatæ*. Objici potest contra hanc resolutionem textus *in cap. nuper*, *de donation. inter virum*, *& uxorem*: ubi usufructus, quem vir uxori donavit, durat in uxore post mortem viri, si donatus sit de consensu proprietarij: secùs autem, si absque illius consensu. Sed jam ad hanc objectionem factam contra similem resolutionem respondìmus *disp.* 6. *sect.* 6. *§.* 1. *vers. his tamen*, *n.* 115.

10 Merito autem traditam resolutionem limitat Cald. *d. cap.* 11. *num.* 41. ut non procedat, quando in scriptura venditionis expressum esset, quod venditor Emphyteusim vendebat emptori pro eo, & suis hæredibus. Nam tunc si dominus simpliciter consensum præsti-

præstitit, non poterit mortuo venditore Emphyteusim revocare; quia illis verbis censebitur concessionem prorogasse. Cessabit tamen ejusmodi præsumptio, & prorogatio, si dominus cōsensum præstitisset cum hac clausula, *saluo jure meo*, ut idem Caldas notat.

11 Sed quæres, an extincta in casu proposito Emphyteusi per mortem venditoris, possit emptor, aut ejus filij renovationem petere, eamque dominus cōcedere teneatur? Respondet negativè Caldas *locis citatis*, quia si illa Emphyteusis non fuisset vendita, nemini deberetur renovatio post mortem possessoris, siquidem interiret per caducitatem, eo quod ille non haberet descendentes, pro quibus tantummodo concessa erat; in quo eventu nemo extabat, qui haberet qualitatem in investitura requisitam, sine qua nemini renovatio debetur, ut ex præcedente *disp. sect.* 2. satis constat. Igitur cum in emptorem non transeat plus juris, quam erat penes venditorem, fit, ut vendita tali Emphyteusi, jus renovationis in emptorem, aut ejus filios non transeat, sed ubi mortuo venditore Emphyteusis extinguitur, statim cum dominio directo absque renovandi obligatione consolidetur, perinde ac si vendita non fuisset. Vnde hanc generalem regulam statuit Caldas *locis citatis*, ut quoties renovatio Emphyteusis non deberetur hæredibus, aut successoribus venditoris, si tempore mortis penes illum extitisset; neque etiam debeatur emptori, aut illius successoribus: & è contra, quoties deberetur successoribus venditoris, etiam emptori, & ejus successoribus debeatur. Quæ regula mihi videtur satis probabilis: nescio autem, an in praxi observetur.

12 Illud etiam pro extinctione ob caducitatem notandum, quando Emphyteusis esset hæreditaria, & nemo vellet acceptare hæreditatem Emphyteutæ defuncti, extingui, & amitti domino Emphyteusim, licet is, ad quem hæreditas pertinebat, ipsam Emphyteusim acceptare vellet, ut bene docet Syluest. *verb. Emphyteusis*, *q.* 5. *vers. tertio*, & Azor *p.* 3. *lib.* 10. *tract. de Emphyt. cap.* 9. *in principio*. Ratio est, quia in hoc casu deest qui habeat qualitatem requisitam, ut in talem Emphyteusim succedere possit, cùm sit concessa pro hæredibus, qui re ipsa hæreditatem adeant. Et preterea, quia talis Emphyteusis est pars hereditatis illius defuncti: hæreditas autem non potest pro parte acceptari, & pro parte repudiari, ut est notissimum.

Pro extinctione tandem ob renunciatione in manibus domini, duo sunt notanda. Primum est, ut Emphyteusis per ejusmodi renunciationem extinguatur, oportere, ut dominus talem renunciationem liberè acceptet: illo enim invito, aut non acceptante, non est integrum possessori Emphyteusim demittere, ut relatis multis tradidimus, *disp.* 4. *sect.* 7. §. 9. *n.* 152. cum neutri contrahentium integrum sit resilire à contractu mutuo, qualis est Emphyteuticus, nisi alter consentiat. Oportet præterea, ut Emphyteusis ejus sit naturæ, ut possessor eam alienare possit in præjudicium successorum: alioqui neque in manibus domini renūciari poterit, ut constat ex traditis *disp.* 5. *sect.* 3. ubi speciatim id notavimus §. 1. *n.* 52. 13

Secundum est: licet quando Emphyteusis aliàs extinguitur, ut propter commissum, vel finitas generationes, pro quibus fuit concessa, debeat res Emphyteutica redire ad dominum libera à quavis servitute, & onere ipsi per Emphyteutam imposito, juxta ea, quæ tradidimus *disp.* 4. *sect.* 6. §. 2. *n.* 96. & notat Caldas *de renovat. q.* 18. *num.* 17. *& de extinct. cap.* 5. *num.* 22. *& cap.* 13. *n.* 35. attamen hoc non procedit, quando Emphyteusis ad dominum revertitur per viam renunciationis, ut constat ex ibidem notatis circa reversionem Emphyteusis ad dominiū titulo 14

titulo donationis, venditionis, aut similis. Quod etiam notat Caldas *locis citatis*, & cum alijs Augustinus Barbosa *in additionibus ad remiss. Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 38. num.* 108. quia in ejusmodi eventibus non succedit dominus in Emphyteusi tanquam dominus, ratione juris dominicalis, sed tanquam donatarius, vel emptor, in quem res transit cum sua causa, & onere, *l. traditio, §. 1. ff de acquirendo rerum dominio, l. alienatio, ff. de contrahenda emptione.*

SECTIO SECUNDA.

Quando Emphyteusis propter commissum non solutæ pensionis extinguatur?

SVMMARIVM.

1 *Emphyteusis sæcularis amittitur, si Emphyteuta tribus continuis annis pensionem non solvat: Ecclesiastica verò amittitur, si non solvat duobus annis continuis. num.* 15.

2 *Neque ut hæc pœna incurratur, & Emphyteuta in mora constituatur, necessarium est eum à domino interpellari. eodem num.* 15.

3 *Si fructus rei Emphyteuticæ non colligatur quotannis, sed de biennio in biennium, tunc si Emphyteusis sit sæcularis, non inciditur in pœnam commissi, nisi Emphyteuta sex continuis annis pensionem non solvat: & si Emphyteusis sit Ecclesiastica, nisi quatuor annis continuis pensio non solvatur. Hoc autem intelligitur, si etiam pensio de biennio in biennium solvenda esset. n.* 16.

4 *Non incidit in commissum, qui semel tempore debito pensionem non solvit, licet jurasset, se eam soluturum. ibid.*

5 *Vtrùm pœna commissi incurratur ob non solutam pensionem, quando Emphyteusis est magni valoris, pensio verò valdè exigua, ut unius nummi? n.* 17.

6 *Vtrùm saltem excusetur à pœna commissi ob non solutam pensionem, qui solum deficit in solvenda parte pensionis? num.* 18.

7 *An quando Emphyteuta solùm deficit in solvenda parte pensionis, amittat Emphyteusim solum quoad partem respondentẽ parti pensionis non solutæ? n.* 19.

8 *Quando Emphyteusis devenit ad plures hæredes, & unus non solvit pensionem, quam pro sua parte debebat, an omnes, vel ille tantùm, qui non solvit, incidat in pœnam commissi ob integram pensionem non solutam? n.* 20.

9 *Si tamen aliquis, vel aliqui ex prædictis hæredibus, totam pensionem solvit, nullus in commissum incidit: manebit tamen, qui non solvit, obligatus satisfacere illi, vel illis, qui integrè solverunt. num.* 21.

10 *Et quid si distinctæ pensiones pro diversis rebus, vel partibus ejusdem Emphyteusis, sint impositæ, & hæres, cui aliqua earum partium obtigisset, pensionem ei respondentem non solvit? ibid.*

11 *An incidat in commissum, qui ex ignorantia non solvit pensionem? & an ei incumbat probare ignorantiam? numero* 22.

12 *Quando præsumatur, vel non præsumatur, quòd Emphyteuta non solvit pensionem ex ignorantia? n.* 23.

13 *Excusatur à commisso, qui ob justum impedimentum pensionem non solvit. ibidem.*

14 *Vt Emphyteuta excusetur à pœna commissi ob non solutam pensionem, satis est, quòd pensionem domino offerat; neque oportet quòd eam consignet, seu deponat. Et an sufficiat illam obligationem solis verbis fieri? n.* 24.

15 *Satis etiam est, quòd aliquis tertius loco Emphyteutæ pensionem solvat: & quomodo id sit intelligendum? n.* 25.

16 *Non incidit in commissum Emphyteuta, qui pensionem non solvit, si id fecit in compensationem justam. n.* 26.

Emphyteuta Ecclesiæ, si per biennium non solvit pensionem, potest moram purgare: secus verò Emphyteuta domini sæcularis, qui triennio non solvit: & quæ hujus discriminis sit ratio? n. 27.

An in Emphyteusibus sæcularibus admittatur purgatio moræ ex æquitate, vel saltem antequam dominus declaret, se velle exequi pœnam commissi? n. 28.

Intra quantum tempus possit Emphyteuta Ecclesiæ dictam moram purgare? n. 29. & seqq.

An dicta moræ purgatio admittenda sit, quamvis res jam non sit integra, eo quod dominus jam rem alteri concesserat? n. 31.

Vtrùm dominus recipiens pensiones, postquam Emphyteuta ob eas non solutas in commissum incidit, neque est locus purgationi moræ, censeatur commissum remittere? n. 33.

Dominus, qui Emphyteutam expellit, eo quod pensiones trium annorum non solvit, petere ab eo potest pensiones illorum annorum. n. 34.

Si verò alia pœna præter amissionem Emphyteusis imposita esset in contractu Emphyteutico non solventi pensionem, non posset dominus illum expellere, & simul eam pœnam ab eo exigere, nisi aliud deductum esset in pactum, ibidem.

Valet pactum, quod Emphyteuta ob non solutam pensionem non incidat in commissum. n. 35.

Valet etiam pactum, quod ob pensionem uno tantùm anno non solutam Emphyteusis amittatur. ibid.

Vtrùm quando contenditur adversus Emphyteutam, quod inciderit in commissum ob non solutam pensionem, incumbat Emphyteutæ probare, quod eam solverit, vel potius domino, quòd non solverit? num. 36.

Vtrùm minoribus, & ijs, qui minorum privilegio gaudent, competat restitutio adversus pensionem statis temporibus non solutam, ut sic à pœna commissi excusentur? Respondetur affirmativè? n. 37.

Vtrùm hæc resolutio procedat, quando Emphyteusis accepta est per maiorem, & hæres minor pensionem non solvit? Negant graves Doctores. eod. n. 37.

Contrarium tamen defenditur ab Authore, præsertim si Emphyteusis erat ex pacto & providentia. n. 38.

Quando obligatio procedit ex contractu defuncti non privilegiati, successor privilegiatus non potest uti suo privilegio adversus talem obligationem. d. n. 37.

Pœna commissi ob non solutam pensionem, non est conventionalis, sed legalis. d. n. 38.

Certum est Emphyteusim interdum extingui, & reverti ad dominum in pœnam culpæ ab Emphyteuta adversus dominum cõmissæ, eo quod aliquod jus dominicale violaverit. Imprimis ergo incurritur hæc pœna ob non solutam pensioné. Quod procedit in Emphyteusi sæculari, si Emphyteuta pensionem non solvat tribus annis continuis *l. 2. Cod. de jure Emphyt. Ord. Lusit. lib. 4. tit. 39. in princip.* & in Emphyteusi Ecclesiastica, si duobus continuis annis non solvat, *cap. potuit, de locato, Authent. de non alienand. §. scire, & Authent. de alienat. & Emphyteusi, §. si verò quis, aut locator, & Authent. qui rem, Cod. de sacrosanctis Ecclesijs, & Ordin. Lusitan. dicto tit. 39. §. 2.* Neque ut Emphyteuta constituatur in mora, & dictam pœnam incurrat, necessarium est, ut dominus eum interpellet, seu pensionem exigat, *d. l. 2. Cod. de jure Emphyt. & dicto cap. potuit, de locato*, dies enim statuta pro domino interpellat. 15

Multi, quos citat, & sequitur Cov. *3. variar. resolut. c. 16. n. 6.* & Gabr. Pereira *decis. 119. n. 3.* existimant, si fructus rei Emphyteuticæ non colligantur quotannis, sed de biennio in biennium, tunc Emphyteutam domini sæcularis non incidere in prædictam pœnam ob non solutam pensionem, nisi sex continuis annis eam non solvat, argumento *l. si sic, ff. quemadmodum servitus amittatur.* Hoc tamen in eo tantũ 16

casu

casu admittit jure optimo Molina *disp.* 453. *n.* 3. Quando etiam pensio solum de biennio in biennium solvenda erat. Et idem cum proportione procedit in Emphyteusi Ecclesiastica; ut scilicet in casu proposito non incidatur in commissum, nisi Emphyteuta per quatuor annos continuos pensionem non solvat; ut idem Molina advertit. Vtrùm verò Emphyteuta, qui juravit se soluturum quotannis pensionem, in commissum incidat non solvendo eam semel tempore debito? Affirmant plerique, quos citat, & sequitur Gutterres; *de juramento confirmatorio*, *parte* 1. *cap.* 31. At oppositum merito defendit Brittus *in cap. potuit*; §. 4. *num.* 2. *de locato*; & Mol. *supra n.* 4. cum Covar. & alijs. Nec obstat *l. si quis maior*; *Cod. de transactionibus*, ubi qui juravit servare conventionem, si juramentum non servet, toto commodo contractus privatur. Quia ea lex solùm procedit de pacto transactionis, ut constat ex ipso textu, & Glossis ibidem, nec est extendenda ad alios contractus.

17 Dubitabis verò primò, utrùm dicta pœna incurratur ob non solutam pensionem; quando Emphyteusis est magni valoris, & pensio valde exigua, ut unius nummi? Partem negativam magis videtur probare Glossa *in dict. Authent. qui rem*; *Cod. de sacrosanctis Ecclesijs*; *verbo*, *repelli*; quatenus disputando pro utraque parte, hanc negativam ponit secundo loco, & pro ea argumentatur, quod non videatur æquum, ut pro tam exigua culpa res tanti momenti amittatur. Cæterùm communis sententia stat in contrariũ, quam referunt, ac sequuntur Tiraquelus, *tract. de judicio in rebus exiguis*, *in 2. parte*, *vers.* 51. Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*; §. *Emphyteusis*; *quæst.* 8. *n.* 3. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ord. regiam loco citato*, Molina *dicta disput.* 453. *num.* 12. Rebellus 2. *parte*; *lib.* 13. *quæst.* 8. *num.* 8. Brittus *dicto* §. 4. *n.* 12. referens plurimos, & asserens nullum videri habere contradictorem. Item Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 1. *sub num.* 11. *vers. cæterùm quid erit*; & meritò. Primò, quia pensio Emphyteutica imponitur, & debetur in recognitionem dominij directi, in qua qui deficit, meretur privari Emphyteusi; sive pensio sit magna, sive exigua. Secundò; quia Emphyteusis sub ea lege fuit concessa; ut deficiens in pensione solvenda, qualiscumque illa esset; ipsam Emphyteusim amitteret: atque eò minus à rigore hujus legis videtur excusandus, quò pensio erat levior; & facilior.

Dubitabis secundò, utrùm saltem excusetur; qui solùm defecit in solvenda parte pensionis? Communis sententia negat; quam relatis alijs tradunt, & sequuntur Sylvester *verbo, Emphyteusis*; *quæst.* 4. Tiraquelus *de retractu conventionali*; §. 4. *glossa* 6. *num.* 26. Gama *decis.* 119. *num.* 1. Surdus *consil.* 101. *fine*; Azor *parte* 3. *lib.* 10. *tract. de Emphyteusi*; *cap.* 7. *quæst.* 5. & relatis pluribus Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit*; *de locato*; *num.* 92. novissimè Fragos. *ubi supra*; *vers. dicò secundo*. Fundamentum sumitur ex multis juris, & Juristarum resolutionibus in alijs materijs, in quibus deficiẽs in parte, quantumvis minima, non secus cadit, & excluditur; quam si deficeret in toto. Hac enim ratione, si in oblatione pretij, & usurarum desit unus nummus, nullus effectus eorum, qui induci solent ex oblatione; inducitur; ut cum Paulo Castrensi, & alijs resolvit Tiraquelus *suprà num.* 24. *per l. quandiu*, *Cod. de distractione pignorum*, *& l.* 2. *vers. nam si vel modicum*; *Cod. debitorem venditionem pignoris impedire non posse*. Item si res ita sit vendita, ut nisi statuta die fuerit solutum pretium; res sit inempta; si intra id tempus totum pretium sit solutum præter unum nummum; perinde erit res inempta; ac si nihil fuisset solutum, ut ex multis juribus do- 18

cet Baldus, post Glossam *in l. res bona fide*, *ff. de contrahenda emptione*, & cum aliis Tiraquelus *supra*. Similiter juxta eosdem Doctores, quando statutum irritat contractum, nisi solvatur Gabella, si in solutione desit unus tantùm nummus, non valet contractus. Item quando testator hæredi mandasset, ut certa die tibi daret decem nummos, alioqui tibi daret fundum, si hæres intra illud tempus solùm dedit novem, æquè potes fundum petere, illis novem redditis, ac si nihil dedisset, ut per Baldum, Castrensem, & alios idem Tiraquelus *n.*
18 *27.* apud quem plura exempla similia videre licet. Sic igitur in præsenti, qui partem pensionis non solverit æquè cadit in commissum, ac si nihil solveret.

19 Non desunt tamen, qui contrarium teneant, scilicet non cadere à tota Emphyteusi, qui tantùm partem pensionis non solvit. Et verò si eidem Emphyteusi plures res sunt subjectæ, vel una pluribus partibus distincta, & pro unaquaque sua pensio sit imposita, omnino videtur tenendum, Emphyteutam, qui solùm cessaverit à solvenda pensione respondente uni parti, non amittere Emphyteusim quoad alias, ut bene Molina *dicta disputat.* 453. *num.* 15. Rebellus *dicta quæst.* 8. *num.* 8. & alii post Julium Clarum, *libro* 4. *sententiarum*, §. *Emphyteusis*, *quæst.* 8. *sub numero* 4. Si autem pensio sit indivisibiliter imposita pro tota re Emphyteutica, ut communiter fieri solet, etiam tunc satis probabiliter sentiunt ijdem Doctores, Emphyteutam cessantem à solvenda minima aliqua parte pensionis, ut sexta, aut octava parte, non cadere à tota Emphyteusi, sed tantùm à parte exigua, pro rata pensionis non solutæ. Quam sententiam, non solùm ut æquiorem, sed etiam ut veriorem latè tuetur Brittus *in cap. potuit*, §. 4. *num.* 14. *de locato.* Imo non videtur etiam improbabile, quod generaliter docet Speculator *tit. de locato*, §. *nunc aliqua*, *vers.* 30. & videtur etiam tenere Caldas, *de extinctione*, *cap.* 8. *num.* 6. Emphyteutam non solventem totam pensionem, sed tantùm partem sive modicam, sive magnam, solum pro rata amittere partem Emphyteusis: id enim æquitas postulare videtur. Cęterum de rigore juris hæ duæ postremæ opiniones veræ non sunt, & à Doctoribus communiter rejiciuntur, nisi per impotentiam, aut per errorem minus fuerit solutum, ut Sylvester, Julius Clarus, Molina, locis citatis, alijque notarunt; & similiter nisi ex præsumpta voluntate domini integra solutio facta non esset, ut per Gamam *decis.* 41. *num.* 2. & Molinam *dicto num.* 13. *fine.* Ex quibus non videtur tuta opinio, quam cum Julio Claro, & Mantica resolutivè amplectitur Fragosus, *supra vers. quo circa resolutivè*, dicens, si pars pensionis non solutæ non accedat ad partem quartam, vel quintam, excusandum esse Emphyteutam omnino à pœna commissi, quia censetur omissa modica quantitas; & Mantica dicit, sic fuisse judicatum. Verum etiam non videtur, quod tradit idem Gama *decis.* 119. *num.* 1. communem resolutionem *numero præcedent.* traditam intelligi, nisi pensio consistat in quota fructuum, quos Emphyteuta ex re perceperit.

Dubitabis tertiò. Quando Emphyteusis devenit ad plures hæredes, 20
& unus ex eis non solvit pensionem, quam pro sua parte debebat, an omnes, vel ille tantùm, qui non solvit, incidat in pœnam commissi ob integram pensionem non solutam? Respondetur, communem Doctorum sententiam esse, omnes incidere, & Emphyteusim amittere. Ita relatis multis Sylvester *dicto verbo*, *Emphyteusis*, *quæst.* 4. Julius Clarus *dicta* §. *Emphyteusis*, *quæst.* 8. *num.* 13.

Mol.

Mol. *d. disp.* 453. *num.* 14. Azor *d. cap.* 7. *quæst.* 6. & alij post Glossam *in l. communi dividundo*, 2. *verbo*, *confunderetur*, *ff. communi dividundo.* Ratio est, quia si defunctus Emphyteuta illam partem pensionis non solvisset, à tota Emphyteusi caderet, ut ex dictis constat: idem autem onus, & obligatio ad omnes ejus hæredes devenit. Confirmatur primò ex ijs, quæ tradidimus *disp.* 1. *de Censu. sect.* 1. *num.* 11. *&* *sect.* 7. §. 3. ubi multis relatis Doctoribus resolvimus, quando res censita ad plures possessores devenit, vel inter eos dividitur, omnes, & singulos in solidum teneri pensionem solvere. Quod utique pari ratione procedit in pensione Emphyteutica: unde consequens est non liberari possessores ejusdem Emphyteusis ab onere commissi, si tantùm pro sua quisque parte pensionem solvat, aliquo eorum non solvente. Confirmatur secundò ex *l. stipulationum*, 2. §. *ultimo*, *ff. de verborum obligationibus.* ubi si certam quantitatem promisisti sub pœna conventionali, licet unus ex tuis hęredibus partem promissæ quantitatis solverit, pœnam nihilominus debet, si cohæres non solvit. Pensio autem Emphyteutica imposita, & promissa est sub pœna amittendi Emphyteusim, si biennio, aut triennio non solvatur: similiter ergo deveniente Emphyteusi ad plures hæredes Emphyteutæ, omnes eam pœnam incurrunt, si unus ex eis non solvat, cęteris pro sua tantùm portione partem pensionis solventibus. Quo argumento utitur Glossa citata *in dicta l. communi dividundo.*

21 Cęterùm licet aliquis ex prædictis partialibus Emphyteutis pro sua parte non solvat, si alij, aut aliquis eorum totam pensionem solvat, nullus incidit in pœnam commissi, cùm integrè domino satisfactum sit: manebit autem ille, qui non solvit obligatus satisfacere pro sua parte illi, vel illis, qui integrè solverunt, ut bene cum alijs advertit Azor *dicta quæstion.* 6. Idem tradit Gabriel Pereira *decis.* 119. *num.* 28. Addit verò id procedere, nisi constet, eum, qui non solvit, repugnare solutioni, quod tunc reprobatio intercedens, tamquam actus contrarius intermedius, ratificationem impediat, *l. dispensatorem*, *in fine*, *ff. de solutionib.* Et quod in solutione consideretur etiam honor, & recognitio; quæ cum illa repugnantia stare non potest. Illud etiam omnino addendum videtur, si distinctæ pensiones sint impositæ pro diversis rebus, aut partibus ejusdem Emphyteusis, & hæres, cui aliqua earum partium obtigisset, pensionem ei respondentem non solvisset, cum alij pro suis partibus satisfecissent, illum tantummodo, qui non solvit, Emphyteusim pro sua parte amissurum, siquidem defunctus eam tantùm partem amitteret, si tantùm pensionem pro ea impositam non solveret, ut *supra n.* 19. statuimus.

Denique ipsa communis sententia principalis tradita *num.* 20. non est adeo certa, & constans, ut contradictore careat. Contrariam namque ut probabiliorem tuetur Fragos. *tomo* 3. *disp.* 12. §. 1. *num.* 8. Et re vera suam habet probabilitatem, cùm æquius sit, ut is tantummodo pœnam luat, qui culpam admisit. Nobis tamen à prædicta communi recedendum non est, cùm nullum in contrarium sit fundamentum cogens. Restringi tamen poterit, ut non procedat, quando hæres, qui ex parte sua solvit, bona fide credebat reliquos etiam solvisse, ut idem Fragos. advertit *sub n.* 8. *vers. quod si priori.*

Dubitabis quartò, an incidat in commissum, qui ex ignorantia non solvit pensionem: ut quia successit alteri in rem, ignorans esse Emphyteuticã? Respondet Glossa ultima *in l.* 2. *Cod. de jure Emphyteut. in fine*, incidere de 23

rigore juris: at competere illius restitutionem, quamvis sit maior viginti quinque annorum, ex generali clausula, *si qua mihi justa causa, &c. l. 1. in fine, ff. ex quibus causis maiores.* Quam Glossam sequuntur Sylvester *verbo, Emphyteusis, quæst. 7.* Julius Clarus *d. quæst. 8. n. 9.* Gutterres *de juramento confirmatorio p. 1. cap. 31. n. 6.* Pinel. *in Authent. nisi tricennale, n. ult. Cod. de bonis maternis*, Gama *decis. 91. n. 1.* Mol. *d. disp. 453. n. 11.* Rebel. *d. quæst. 8.* & cæteri communiter. At mihi certè potius dicendum videtur cum Britto *in cap. potuit, §. 4. n. 6. de locato*, per eam ignorantiam, si probabilis sit, excusari simpliciter Emphyteutam à pœna cōmissi, & consequenter non esse opus remedio restitutionis in integrum; quia pœna non incurritur, ubi culpa non est. Vnde generale est, quoties Emphyteuta aut vassallus ex propria culpa debet cadere à jure suo, omnino propter probabilem ignorantiam circa rei qualitatem excusari, ut cum alijs notavit Caldas *de renovat. q. 5. num. 28. & seq.* Neque si alteri in re Emphyteutica successit, ipsi incumbit probare ignorantiam, sed dominus probare debet sciētiam, si cōmissum exequi velit, ut cum communi notavit Gutterres, Cald. & Mol. citati, quidquid in oppositum sentiat Brittus *supra*; quia successor habet suam intentionem fundatam, & censetur habere probabilem ignorantiam circa res defuncti, cum de facto alieno probabilis sit ignorantia, *l. final. ff. pro suo; l. si mulier, ff. ad Velleianum.* Notat autem Mol. *supra*, posse talem Emphyteutam cogi à domino in defectum probationis, ut juret, an scientiam habuerit.

23 Præterea advertunt Pinel. *supra*, Caldas *n. 27.* & Mol. *d. n. 11. fine*, non præsumi ignorantiam Emphyteutæ, si scripturam Emphyteuticam apud se habebat, ut constat per Glossam finalem & scribentes *in l. ad diem, ff. de verborū obligat.* Item, si Emphyteuta rem aliter, quàm per successionem, obtinebat, non præsumitur dictam ignorantiam habuisse, ut bene probat Gama, *loco citato.* Vt autem Emphyteuta ob prædictam ignorantiam excusatur, sic etiam excusatur, si ob justum impedimentum pensionem non solvit, ut quia in carcere detinebatur. Sylvest. *d. quæst. 4. vers. septim.* Gigas, cum multis alijs, *de pensionib. q. 75.* Mol. *d. n. 11.* Azor *d. cap. 7. ante quæst. 8.* Barbos. *in remiss. ad Ordin. Lusit. lib. 4. tit. 39. in princip. num. 14.*

Dubitabis quintò. Quomodo oporteat solvi pensionem intra dictum tempus, ut Emphyteuta non incidat in commissum? Respondeo, & dico primò. Quamvis Glossa ultima *in l. 2. Cod. de jure Emphyt.* magis videatur probare, requiri veram, & realem solutionem, aut saltem consignationem, sive depositionem pensionis; ut etiam videtur tenere Gabriel Pereira *decis. 119. n. 31.* per textum *in d. l. 2. Cod. de jure Emphyt.* ibi, *hisque consignatis, & secundùm legem depositis.* Tamen communis, & verior opinio est, quam eadem Glossa primo loco refert, nempè sufficere, quod Emphyteuta pensionē offerat. Quam sententiam relatis multis sequitur Julius Clarus *d. §. Emphyteusis, q. 8. n. 10.* & post eum Molina *d. disp. 453. n. 9.* quia tamen addunt, dummodo pensio re ipsa, seu cum pecunia in manu offeratur, & non solis verbis, nisi forte Emphyteuta illam verbis offerente dominus responderit, se illam nolle; quod etiam notant multi apud Gabr. Pereira *dict. decis. 119. num. 29.* Neque obstant verba *d. l. 2.* ubi videtur requiri consignatio, ut commissum vitetur. Quia respondet bene Mol. citatus, debere id intelligi, non ut Emphyteuta commissum evadat, sed ut liber omnino maneat ab alia solutione facienda. 24

Dico secundò, satis esse, quòd tertia persona loco Emphyteutæ pensionem solverit, præsertim si id fecerit de 25

de mandato; aut deputatione ipsius Emphyteutæ, ut cum cõmuni tradunt Julius Clarus *supra n.* 11. Mol. *d. n.* 9. *fine*, Brittus plures referens *cap. potuit*, §. 4. *n.* 8. *de locato*, Emmanuel Barbosa *loco supra citato remiss. n.* 4. & alij: quamvis contradicant multi, quos refert Augustinus Barbosa *in addit. ad remiss. super prædictum locum Ordinat. num.* 157. Quorum sententia mihi non displicet, quando solutio fieret per personã non deputatam ab Emphyteuta; siquidem tunc non videtur Emphyteuta dominum recognoscere. Quod saltem admittendum videtur, quãdo Emphyteuta non solùm non deputavit personam, quæ solvit, sed expresse repugnavit solutioni, ut bene probat Gabr. Pereira *d. decis.* 119. *n.* 28. ubi alios refert. Illud etiam non immerito addit Brittus *n.* 9. quòd quando pensio offerretur per tertium non habentem ad hoc mandatum Emphyteutæ, non tenetur dominus illam acceptare, nec in tali casu consignatio, & depositio liberat à pœna commissi.

26 Dico tertiò. Si Emphyteuta non solvit pensionem, id verò fecit in compensationem æqualis, aut maioris debiti, quo dominus ei erat adstrictus, non incidit in commissum. Ita Panormitanus *in cap. bona fide, de deposito*, Sylvest. *d. verbo, Emphyteusis, q.* 2. Navar. *in Manuali, cap.* 17. *num.* 192. Valasc. *consult.* 71 *num.* 14. Gama *decis.* 91. *num.* 1. Mol. *d. disp.* 453. *n.* 10. Brittus latè hac de re disputans *in cap. potuit*, §. 4. *n.* 7. *de locato*. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad citatum locum Ordin. n.* 5. ubi plures refert. Qui enim compensat solvere censetur, ut in *l. amplius, ff. rem ratam haberi*. Neque obstat, quod dicitur, cõpensationem non fieri ipso jure, nisi ab homine opponatur, ut per *l. si constat, Cod. de compensat.* Quia hoc nõ procedit, quando agitur de vitanda pœna, aut alia re odiosa, ut in præsenti: tunc enim ipso jure fit compensatio, licet non opponatur, ut ad rem præsentem notant Sylvester, Gama, & Mol. citati. Oportet autem, ut quantitas compensanda sit liquida, aut brevi liquidanda, atque compensabilis, ut advertit Emmanuel Barbosa *supra*.

Dubitabis sextò, utrùm qui non 27 solvit per triennium, aut bienniũ prædictum, purget moram, & à commisso excusetur, solvendo, aut offerendo postea pensionem illorum annorum? Respondetur, si Emphyteusis sit Ecclesiastica, locum esse ejusmodi purgationi moræ, ut expresse habetur in *cap. potuit, de locato*: secus autem, si Emphyteusis sit sæcularis, ut habetur *lib.* 4. *Ordin. Lusit. tit.* 39. §. 2. & satis innuitur. *l.* 2. *Cod. de jure Emphyt.* ibi, *sed omni modo eo (si dominus voluerit) repellendo*; estque cõmunis sententia, quam sequuntur Sylvest. *d. verbo, Emphyteusis, q.* 3. Azor 3. *p. lib.* 10. *tract. de Emphyteusi. c.* 7. *q.* 7. Mol. *d. disp.* 453. *n.* 5. Gabr. Pereira *d. decis.* 119. *n.* 17. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 3. *n.* 16. & alij, quos referunt. Cur autem dicta purgatio admittatur in Emphyteusi Ecclesiastica, non verò in sæculari? Duplex ratio assignari solet. Prima, quia Ecclesia mitius agit. Secunda, quia cum in Emphyteusi sæculari nõ incurratur pœna commissi ob pensioné non solutam, nisi cessante Emphyteuta solvere per trienniũ, & in Ecclesiastica satis sit, quod non solvat per biennium; æquius fuit, ut moræ purgatio admitteretur in Emphyteusi Ecclesiastica, quàm in sæculari, cùm excusabilior sit, qui biennio, quam qui triennio non solvit.

Non desunt autem, qui etiam in 28 Emphyteusi sæculari credant, posse à judice admitti purgationem moræ ex æquitate canonici decreti. Ita sentit Julius Clarus *d.* §. *Emphyteusis, quæst.* 8. *vers. item quæro*: & quidem in regno Castellæ per *l.* 28. *tit.* 8. *partita* 5. etiam in Emphyteusibus sæcularibus dicta purgatio intra decendium recipitur. At hoc extra illud regnum communiter

muniter rejicitur. Monet tamen Gabriel Pereira *d. decis.* 119. *n.* 18. cùm dicitur, non dari purgationem moræ in Emphyteusi sæculari, id intelligi, nisi Emphyteuta pensionem offerat, antequàm dominus declaret, se velle exequi pœnam commissi; quod ante eam declarationé non sit domino jus quæsitum. Et pro hac resolutione affert Ferrariensem, Cepolam, Crottum, & Jasonem. Addit autem hoc non habere locum in hoc regno Lusitaniæ, spectatâ lege regia *lib.* 4. *Ordin. tit.* 39. *in principio*, ibi, *posto que despois queira purgar a mora*; & ibi *salvo se ao senhorio expressamente aprouver.*

29 Præcipua verò difficultas est, intra quantum tempus sit locus purgationi moræ, quæ in Emphyteusi Ecclesiastica admittitur? In *d. cap. potuit*, *de locato*, postulatur, ut fiat celeriter, ibi, *nisi celeri satisfactione, &c.* Unde aliqui dicunt, debere fieri dictam purgationé intra decem dies; quod hoc temporis spatium modicũ judicetur, *l. promissor*, §. 1. *ff. de constituta pecunia*, & ita *in d. l.* 28. regni Castellæ hoc spatium præscribitur, etiam pro Emphyteusi Ecclésiastica. Alij sentiunt esse locum dictæ purgationi usque ad litis contestationem; & ita statuitur jure Lusitano *d. tit.* 39. §. 2. videturque esse praxis hujus regni, etiam in tribunalibus Ecclesiasticis, ut constat ex quadam sententia, quam ad verbum affert Themudo 1. *p. decis.* 73. *post. num.* 12. *sententia*, 1. Quam opinionem præter alios approbat Gama *decis.* 147. *n.* 3. addens debere intelligi de vera & propria contestatione litis, quæ fit per responsionem reì ad libellum actoris; & sic non sufficere contestationem per negationem judicis, ut Emphyteuta à dicta purgatione excludatur. Et idem relatis alijs docet Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit*, *de locato*, *num.* 133. & Brittus *ibid.* §. 4. *n.* 20. qui ad hoc affert, & valde commendat textum *in l. si insulam*, 84. *ff. de verb. obligat.* ubi habetur moræ purgationem; ubi ea admittitur, fieri posse ante litis contestationem.

His autem duabus opinionibus contradicit Glossa *in d. cap. potuit*, *verbo*, *celeri*, maximè autem secundæ. Primò, quia juxta illam posset differri purgatio usque ad duos annos, vel etiam plures, quod est contra textum *in dicto cap. potuit*, ubi solum conceditur purgatio ei, qui celeriter satisfecerit. Secundò, quia ut Emphyteusis amittatur ob non solutam pensionem, non requiritur interpellatio, ut dicitur eodem *cap. potuit*, *in fine*: si autem usque ad contestationem litis potest mora purgari, nunquam Emphyteusis ob illam causam amittetur, antequam Emphyteuta coram judice interpelletur. Accedit tertiò, quia alioqui deterioris conditionis esset in hac parte Emphyteusis Ecclesiastica, quam sæcularis; siquidem etiam post elapsum triennium posset Emphyteuta se tueri adversus Ecclesiam, quæ pensionem toto eo tempore in judicio non petivit; quod in Emphyteusi sæculari locum non habet. 30

Est ergo tertia sententia, ut omittamus alias minus celebres, judicis arbitrio relinquendum esse, intra quantum tempus censendus sit Emphyteuta celeri satisfactione moram purgasse; quòd ubi jure aliquid non est determinatum, judicis arbitrio definiendũ sit, attenta personarum, & circunstantiarũ qualitate. Et ita hanc sententiam sequitur Glossa citata, Panormitan. *ibid. num.* 12. Navarrus *in manuali*, *cap.* 17. *n.* 192. Julius Clarus *d. q.* 8. *n.* 15. Cov. 3. *variarum*, *cap.* 17. *n.* 4. Molina *d. disp.* 453. *n.* 6. Azor *d. cap.* 7. *q.* 7. & alij, inter quos videtur esse Sylvest. *de verbo*, *Emphyteusis*, *q.* 3. Eaque mihi videtur probabilior. In hoc autem regno omnino videtur standum secundæ sententiæ propter authoritaté Ordín. regiæ, & praxim, quę illam amplectitur. Addit autem Gabr. Pereira *d. decis.* 119. 31

n. 27.

n. 27. cum Alexand. & Gama, quos refert, ut ea resolutio procedat, & Emphyteuta censeatur celeri satisfactione solvisse, oportere, ne Emphyteuta litis contestationem dolo differat: atque prudentis judicis arbitrio relinqui, ut videat, an contestatio per dolum differatur, & sic non præstetur celeriter satisfactio.

32 Si quæras, an dicta moræ purgatio admittenda sit, quamvis res jam non sit integra, eo quod dominus jam rem alteri concesserat in Emphyteusim, vel aliter alienaverat? Negant Gregorius Lopes, & Gutterres apud Mol. *d. disp.* 453. *n.* 7. Oppositum tamen defendit idem Mol. post Covar. *loco proxime citato*, & merito, quia factum domini præjudicare non potest juri purgandi moram per legem canonicam Emphyteutæ concesso. Vnde à fortiori excluditur quorundam opinio asserentium, non esse locum purgationi moræ, postquam dominus, etiam in absentia Emphyteutę, declaraverit se velle eum incidisse in cõmissum propter pensionem, dicto biennio non solutam. Quam opinionem omnes præcitati Doctores rejiciunt.

33 Dubitabis septimò, utrùm si dominus pensiones recipiat postquam Emphyteuta ob eas non solutas in cõmissum incidit, neque est locus purgationi moræ, censeatur commissum remittere, nec jam Emphyteusim auferre possit? Respondeo, si dominus non solùm recipiat pensiones, ob quas non solutas Emphyteuta in commissum incidit, sed etiam alias temporis sequentis, sciendo eum in commissum incidisse, censeri commissum remittere. Sic post Panormitanum *in d. cap. potuit, de locatõ*, & Sylvest. *verbo Emphyteusis, q.* 9. aliosque antiquiores docet Molina *d. disp.* 453. *num.* 8. August. Barbos. referens plurimos *in collect. ad cap. potuit, de locato num.* 117. *juncto num.* 119. Brittus *ibid.* §. 2. *num.* 32. *& seqq.* Gragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 2. *num.* 12. & Gabr. Pereira *d. decis.* 119. *num.* 26. (quamvis contrarium sentiat de jure regio) constatque satis ex ijs, quæ tradidimus *disp.* 4. *sect.* 8. §. 3. ubi relatis alijs docuimus, si dominus scienter pensionem recipiat post Emphyteusim ipso irrequisito alienatam, censeri consentire, & cõmissum remittere. Si autem dominus recipiat pensiones præteritorum annorum, ob quas non solutas Emphyteuta in cõmissum incidit, dicunt aliqui, inter quos Glossa *in d. cap. potuit*, & Glossa *in l.* 2. *Cod. de jure Emphyt.* si dominus protestatus est, quod non intendit sibi in aliquo præjudicare, non censeri cõmissum remittere: secus autem, si protestatus non sit. Alij verò, quos citat & sequitur August. Barbos. *in d. cap. potuit, sub n.* 117. *vers. amplia denique*, tenent, quod licet dominus protestetur, caducitas remittitur. At sive dominus protestetur, sive non, longe verius est, non censeri in hoc casu remittere cõmissum; quia in dubio nemo censetur velle renunciare juri suo, licet de illo non protestetur. Et ita præter Barbos. sentiunt Doctores supra citati, habeturque expressè *lib.* 4. *Ordin. Lusit. d. tit.* 39. §. 1.

Ad hæc minus consequenter Julius Clarus, Gigas, & alij apud Molinã citatum, asseruerunt, dominum, qui Emphyteutam expellit, eo quod tribus annis pensioné non solverit, petere non posse pensiones illorum annorũ. Contrarium enim in proxima resolutione supponitur, & bene cum Bartholo, & alijs probat idem Molina; quia tales pensiones debentur ex vi contractus in recompensam dominij utilis, & fructuum, quos Emphyteuta illis annis percepit: quod debitum non cessat, quamvis dominus pœnam commissi exequatur. Alioqui neque ab Emphyteuta Ecclesiæ expulso ob non solutas pensiones duorum annorum possent illæ pensiones peti; quod nec ipsi adversarij admittunt; nec admitti potest, cum contrarium expresse habeatur, *Auth.* 34

Authent. qui rem, Cod. de sacros. Eccles. Si tamen alia pœna, præter amissioné Emphyteusis, in ipso contractu Emphyteutico esset imposita non solventi pensioné, tunc si dominus vellet illum expellere, eo quod prædictis duobus, aut tribus annis pensionem non solvisset, non posset utramque pœnam ab illo exigere, sed alteram tantùm, nisi aliud deductum esset in pactum, ut tradit Glossa *in d. l. 2. Cod. de jure Emphyt. verbo, repellere*, Julius Clarus *d. §. Emphyteusis, q. 8. n. 12.* & Mol. *d. disp. 453. num. 16.*

35 Dubitabis octavò, utrùm validum sit pactum, ut Emphyteuta, licet cesset prædictis duobus, aut tribus annis à pensione solvenda, Emphyteusim non amittat? Respondetur affirmativè cum Glossa *in d. l. 2. Cod. de jure Emphyteut. verbo, repellere*, Sylvest. *verbo, Emphyteusis, sub num. 2. vers. quart.* Mol. *sup. n. 18.* Fragoso, & alijs, quos refert *tomo 3. disp. 9. §. 11. n. 3.* tum quia dominus potest renunciare juri in suum favoré introducto; tum etiam quia quod Emphyteusis ob eam causam amittatur, non est de substantia contractus Emphyteutici; sed accidens quoddam illi à jure attributum, quod tunc solùm debet observari, quando aliud conventum non fuerit. Vnde ob eandem rationem validum quoque erit pactum, ut Emphyteusis amittatur, si vel uno tantùm anno pensio non solvatur, ut observat idem Molina *n. 18.* post Valascum *de jure Emphyt. q. 4. sub num. 4. vers. quarto addidit.*

36 Dubitabis nono, utrùm quando contenditur adversùs Emphyteutam, quod inciderit in commissum ob non solutam pensionem, incumbat ipsi Emphyteutæ probare, quòd eam solverit, vel potius domino, quod non solverit? Respondetur, pertinere illud onus ad Emphyteutam. Sic Glossa *in d. l. 2. C. de jure Emphyt. verbo, repellere*, Julius Clarus *d. §. Emphyt. q. 10. n. 4.* Molina *d. disp. 453. n. 19.* Brittus *in cap. potuit, §. 4. n. 24. de locato*, & cæteri communiter. Ratio est, quia dominus habet suam intentionem fundatam in investitura, quod Emphyteuta illi pensionem debeat: ergo ut hic à tali debito liberatus habeatur, ostendere debet se illam solvisse; alioqui condemnabitur. Addit verò cum Bartholo, Salicet. Imola, & multis alijs Brittus, id non procedere, quando constaret, Emphyteutam antea per continuum triennium solvisse; quod tunc pro eo stet præsumptio, postea etiam solvisse, *per l. quicunque, C. de apochis publicis, lib. 10. & l. 1. Cod. de fideicommissis.*

Dubitabis decimò, utrùm minores, & qui privilegio minorũ gaudent, possint petere restitutionem adversus pensioné statis temporibus non solutam, & sic à pœna commissi excusari? 37
Respondetur Affirmativè. Sic Gregorius Lopes *l. 28. tit. 8. partit. 5. verbo, por dos años*, Mol. *supra, n. 1.* & relatis alijs Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordin. regiam, d. tit. 39. in princip. n. 10. & 11.* & August. Barbos. *in collect. ad cap. potuit, de locato, n. 105.* Cæterùm ijdem Barbosæ *locis citatis* & alij, inter quos Bartholus, Socinus, & Alciatus, quos citat, & sequitur insignis Petrus Barbosa *in l. hæres absens, 19. in principio, n. 155. ff. de judicijs*, hanc resolutionem limitant, ut non procedat, si Emphyteusis accepta sit per maiorem, & hæres minor pensionem non solvens in commissum incidat. Tunc enim restituendum non esse probat citatus Petrus Barbosa ex quadam generali regula, quod quando obligatio procedit ex contractu defuncti non privilegiati, successor privilegiatus nõ poterit uti suo privilegio adversus obligationem ex tali contractu, ut per *l. 1. §. ex his, ff. de verborum obligat.* quia iniquum esset, ut propter successorem privilegiatum, deterior fieret conditio ejus, qui cum defuncto contraxit, *l. apud Iulianum, §. 1. ff. quibus ex causis in possessionem eatur.* Et licet juxta eundem

Barbo-

Barbosam dicta regula non procedat; quando obligatio incurritur propter factum incidens tempore successoris privilegiati, ut per *l. cum filiusfamilias 49. §. in hac, ff. de verborum obligat.* & ibi Glossam, *verbo, stetisse*: attamen in casu proposito nō incurritur pœna cōmissi propter factum minoris; cùm ex parte ejus tantummodo intervenerit non factum, sed propter contractum celebratum cum non privilegiato. In quo casu locum habet prædicta regula, quemadmodum in casu, *l. Æmilius, ff. de minoribus*, ubi cùm maior rem emisset sub pacto legis commissoriæ, ut scilicet res esset inempta, si intra duos menses integrum pretium non solvisset, & decedente emptore intra illud tempus, filia minoris ætatis, quæ illi successit, pretium intra statutum tempus non solveret, censuit Jurisconsultus, non competere tali filiæ restitutionem ea ratione, quòd pater ejus, non ipsa, contraxerat.

38 His tamen non obstantibus, valde suspecta mihi est prædicta limitatio, quia licet contractus Emphyteuticus celebratus sit cum maiore, tamen caducitas incursa per minorem, qui illi successit, incursa est in pœnam omissionis, & culpæ, quam minor admisit, non solvendo pensionem, quæ quidem omissio factum ipsius minoris reputatur; propter quod, & non ratione solius contractus pœna illa incursa est: quod maximè verum habet, si consideres, hanc pœnam non esse conventionalem, sed legalem, ut contra Alciatum tradit Bellapertica *in repetitione legis, si servus, §. plurimum, ff. si quis cautionibus, n. 18.* & Caldas *de extinct. c. 9. n. 10. ad finem*, cùm expresse sit imposita per *l. 2. Cod. de jure Emphyt.* & per l. regiam *d. tit. 39. in princip. & §. 2.* licet verum sit, concessionem Emphyteuticam intelligi sub dicta pœna factam. Addo præterea, si Emphyteusis sit de providentia, & juxta investituram deveniat ad minorem, dubitandum non esse, quod licet fuerit primò accepta per maiorem, competit minori dicta restitutio adversus caducitatem ob pensionem non solutam, nihil obstante prædicta regula; quia contractus circa talem Emphyteusim non intelligitur celebratus cum solò primo accipiente, sed etiam cum successoribus in investitura contentis; quia omnes immediatè accipiunt Emphyteusim à domino concedente, & primus accipiens nomine cæterorum stipulatur: unde cum illis omnibus intelligitur contractus celebratus, in quibus terminis prædicta regula non procedit, ut patet. Cætera, quæ ad obligationem pensionis solvendæ spectant, plenè tradita sunt *disp. 4. sect. 1. 2. & 3.*

SECTIO TERTIA.

De commisso ob alienationem rei Emphyteuticæ absque consensu domini.

SUMMARIUM.

Pœna commissi incurritur ob alienationem rei Emphyteuticæ factam domino irrequisito. n. 39.

An sint aliquæ alienationes, propter quas pœna commissi non incurritur, licet fiant sine consensu domini? Et qualis domini consensus sufficiat ad alienationem Emphyteusis, quæ inconsulto domino perfici non potest? eod. n. 39. remissivè.

Ob venditionem Emphyteusis, similemve contractum, si non sit consumatus per traditionem, non inciditur in commissum, eo quod celebratus sit absque consensu domini. n. 40.

Non incidit in commissum, qui absque consensu domini rem Emphyteuticam vendit, & tradit sub conditione, si domino placuerit, vel nisi dominus eam sibi velit; vel simili. n. 41.

Id

Id verò intelligitur, nisi essent conjecturæ, quòd res sic tradita difficile per dominum recuperari posset. ibidem.

quando alienatio rei Emphyteuticæ ex alio etiam capite fuit nulla, præterquam ob defectum dominici consensus, non incidit alienans in pœnam commissi. n. 42.

Maritus alienans Emphyteusim absque consensu uxoris, non incidit in commissum in hoc regno, licet id fecerit domino inconsulto. ibid.

Licet res Emphyteutica absolutè vendatur, & tradatur, domino irrequisito, non inciditur in commissum, antequam sit solutum pretium, vel aliàs venditori satisfactum. Et quando censeatur venditori satisfactum? n. 43.

Si Emphyteusis vendatur, aut donetur habenti privilegium, ut ex solo titulo venditionis, donationis, aut simili, dominium acquirat, ut Ecclesiæ, vel Reipub. necessaria non est traditio, ut alienans incidat in commissum. n. 44.

Quæ cautela adhibenda, quando Emphyteuta vendiderit colono, vel Ecclesiæ rem Emphyteuticam, antequam dominum requisisset. ibidem.

Vtrùm incidat in commissum, qui sine consensu domini vendit, & tradit rem Emphyteuticam cum clausula, salvo jure domini? n. 45.

Vtrùm qui inconsulto domino vendit Emphyteusim cum clausula, constituti, incidat in commissum, antequam realiter rem tradat? Prima sententia negat, præsertim si simul addatur clausula, salvo jure domini. n. 46.

Cōtraria sentētia præfertur. n. 47. & 48.

Hæc verò sententia intelligitur, quando res traditur fictè per dictam clausulam, constituti, præsente, & acceptante eo, in quem res transfertur: secus autem si sit absens. Et cur? eod. n. 48.

Vendens, & tradens Emphyteusim, irrequisito domino, sub pacto legis commissoriæ, vel addictionis in diem in continenti apposito, non incidit in commissum, si casus resolutionis eveniat: secus autem, si ille casus intra assignatum terminum non eveniat, & interim consensus domini non requiratur. n. 49.

Excusatur etiam à commisso Emphyteuta, qui inconsulto domino, rem vendit, & tradit cum pacto de retrovendendo verbis directis in ipsa venditione, vel in continenti apposito: secus autem, si appositum sit verbis obliquis, vel dubijs. Et explicantur hi termini. n. 50.

Etiam redemptio ex vi dicti pacti verbis directis in continenti apposito fieri potest sine consensu domini, absque metu commissi. ibidem.

Vtrùm qui Emphyteusim simpliciter vendidit, & tradidit, irrequisito domino, excusetur à commisso, si eam redimat? Respond. affirmativè. Et intra quantum tempus debeat redimere? n. 51.

Vtrùm amittat totam Emphyteusim, qui unam partem rei Emphyteuticæ absque consensu domini alienavit? num. 52. & seq.

quando sunt duo domini directi, & unus tantùm fuit requisitus pro Emphyteusi alienanda, incidit Emphyteuta in commissum pro parte spectante ad dominum, qui non fuit requisitus, eamque illi amittit. n. 54.

Vtrùm incidat in commissum, qui, inconsulto domino, alienavit, ignorans rem esse Emphyteuticam? n. 55.

Sufficit dubitasse probabiliter, rem esse Emphyteuticam, ut tam alienans illam absque consensu domini, quam non solvens pensionem, à commisso excusetur. ibid.

INcurritur etiam dicta pœna commissi, si Emphyteuta rem alienet absque consensu domini, illove irrequisito, etiam si alienatio sit facta titulo gratuito, ut per liberalem donationem, quidquid aliqui ex antiquioribus contradicant, quos refert Brittus *in cap. potuit, §. 2. num. 12. de locato.* Ità sumitur ex *l. ult. Cod. de jure Emphyt.* ubi disponitur, ne Emphyteuta, irrequisito domino, vendat meliorationes aut jus Emphyteuticū transferat, alioqui à jure Emphyteutico cadat, & ex 39

d. c. *potuit*, *de locato*, ubi dicitur, potuisse expelli Emphyteutam, si præsumeret rem vendere, non requisita prius Ecclesia domina directa, ac deniq; ex jure Lusit. *lib.* 4. *Ord. tit.* 38. ubi sub pœna commissi prohibetur, ne Emphyteuta vendat, permutet, aliove modo alienet rem Emphyteuticam absque consensu domini. Hæc autem præcipuè procedunt de alienatione propria, qua jus Emphyteuticum transfertur. Quasdam namque alienationes improprias, ut costitutionem usufructus, hypothecam, & similes, per quas rei possessio non transfertur, probabilius est posse fieri absque consensu domini, & sine metu cōmissi, ut latè discurrendo per varias alienationes tradidimus *disp.* 4. *sect.* 6. §. 3. Multi etiam sunt casus, in quibus Emphyteusis propriè alienari potest absque dicto consensu, vel requisitione domini, quos tradidimus eadem *disput.* 4. *sect.* 7. ubi etiam *sect.* 8. latè explicuimus, qui domini consensus sufficiat, ut perfici possit alienatio Emphyteusis, quando inconsulto domino transferri non potest. Quare multa, quæ hic tractari possent, jam illis locis commodius sunt expedita, solumque supersunt nonnullæ quæstiones hujus loci propriæ, quas brevissimè percurremus.

40 Prima quæstio est, utrùm ob venditionem Emphyteusis, similemve contractum non consummatum per traditionem, incidatur in cōmissum, eo quod absque consensu domini celebratus sit? Respondetur negativè ex communi sententia, quam referunt, ac sequuntur Sylvester, *verbo*, *Emphyteusis*, *quæst.* 5. *vers. secundo*, Julius Clarus *dicto* §. *Emphyteusis*, *quæst.* 13. *num.* 3. Antonius Gomes *in l.* 45. *Tauri*, *num.* 94. Valascus *de jure Emphyteut. quæst.* 38. *num.* 10. Caldas *de extinctione cap.* 5. *à. num.* 78. Molina *disp.* 459. *num.* 6. Brittus *in cap. potuit*, §. 2. *n.* 9. *de locato*, & alij, quos citant. Ratio est, quia ante traditionem non est res simpliciter alienata, seu translata in alium, cùm sine traditione non transferatur dominium, & possessio, *l. traditionibus*, *Cod. de pactis*, §. *per traditionem*, *Inst. de rerum divisione*, & *cap. cum Ioannes*, *in principio*, *de fide instrumentorum*: pœna autem commissi solùm imponitur ijs, qui rem Emphyteuticam simpliciter transferunt sine consensu, aut requisitione domini, ut patet ex *d. l. ultima*, *Cod. de jure Emphyt.*

Vnde colliges primò, non incidere in commissum, qui sine consensu domini rem Emphyteuticam vendit, & tradit sub conditione, *si domino placuerit*, vel, *salvo consensu domini*, vel *nisi dominus eam sibi velit*, aut alia simili. Ita Sylvester *loco proximè citato*, Julius Clarus *dicta quæst.* 13. *numer.* 5. Gregorius lopes *l. ultima*, *tit.* 8. *partita* 5. *verbo*, *la venda*, *vers. quid sit*, Gama *decis.* 147. *num.* 4. Molina *dicta disp.* 459. *num.* 8. Caldas *de extinct. cap.* 5. *num.* 35. & 36. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordin. reg. lib.* 4. *tit.* 38. *in principio*, *num.* 29. Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit*, *de locato*, *num.* 84. Brittus *ibidem*, §. 2. *num.* 25. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 1. *sub n.* 10. & plures alij, quos referunt. Ratio patet, quia ante impletam conditionē non est alienatio perfecta, sed pendens, & expectans implementum conditionis, ut perficiatur, & dominium transferatur. Neque oportet, ut alienans sub dicta cōditione adjiciat clausulam, *non aliter*, *neque alio modo*, ut bene contra aliquos advertit Molina *supra*, siquidem hæc clausula virtute continetur in conditione simpliciter apposita. Illud tamen meritò adjiciunt Julius Clarus, Gregorius Lopes, & Molina *locis citatis*, & Brittus *n.* 26. si essent conjecturæ, quod res sub dicta conditione tradita difficile per dominum recuperari posset, tunc nihil profuturā conditionē, aut protestationem alienationi adjectā, quominus alienans in cōmissum caderet; quia in tali casu 41

Ccc censè-

censeretur conditio fraudulenter apposita. Quæ dicta sunt de alienatione facta sub prædicta conditione, locum etiam habent in alienatione facta sub quavis alia conditione de futuro, si ante illam impletam dominus requiratur, ejusve consensus postuletur; quia ante impletionem talis conditionis non est res simpliciter alienata, nec dominiū translatum, & sic non inciditur in cōmissum. Notat hoc Molina *supra num.* 9. & plura circa hoc punctum affert Brittus *sup.* quem vide.

42 Colliges secundò, quando alienatio rei Emphyteuticæ ex alio etiam capite fuit nulla, præterquam ob defectum dominici consensus, non incurri dictam pœnam commissi. Sic relatis multis, Valascus *consult. 71. num.* 15. Caldas *de extinctione, cap. 7. num.* 10. Barbosa *in remiss. ad citatum locum Ordin. regiæ, num.* 20. Molina *dicta disp.* 459. *num.* 10. & Augustinus Barbosa *ubi supra, num.* 94. Patet, quia si alienatio imperfecta non sufficit ad dictam pœnam incurrendam, ut ostensum est, multò minus sufficiet alienatio nulla, quæ simpliciter alienatio non est. Vnde notat Valascus *supra*, si maritus in hoc regno alienet Emphyteusim absque consensu uxoris, non cadere in commissum, eo quod talis alienatio non valeat de jure regni. Et idem dicendum de alienatione facta per tutorem, aut minorem sine decreto judicis, ac de similibus ipso jure nullis.

43 Colliges tertiò, licet Emphyteuta rem absolutè vēdat, & tradat emptori, domino irrequisito, tamen non incidere in cōmissum, antequam sit solutum pretiū, vel aliàs venditori satisfactum. Hanc resolutionem tradit cum alijs Caldas *de extinct. c. 7. n.* 11. Et constat apertè ex supra dictis; quia antequam pretium sit re ipsa solutum, vel aliter venditori satisfactum, non transfertur dominium in emptorem, §. *venditæ, Inst. de rerum divisione, l. quoties, Cod. de rei vendicat.* cum similibus; & sic nō est Emphyteusis simpliciter alienata; quod erat necessarium, ut venditor in commissum caderet. Tunc autem satisfactum censetur venditori, quando pro pretio postea solvendo acceptatur fidejussor, aut pignus, vel emptori habetur fides, quod illud postea solvet, ut explicatur *d.* §. *vendita*; ubi Glossa, *verbo, fidem emptoris*, advertit duo. Primum est, si venditor rem tradens assignavit diem, quo pretium solveretur, posse rem vendicare, si tali die non solvatur, & consequenter non censeri in tali eventu habitam esse fidem de pretio. At glossa marginalis hoc reprobat affirmans, videri tunc venditorem habere fidem de pretio, & dominium transferre; quod etiam tradit Glossa *in l. quod vendidi*, 19. *ff. de contrahenda emptione, per l. ad solutionem*, 5. *Cod. de rei vendicatione*, & sentiunt Doctores communiter, ut cum alijs notat Caldas *dicto cap. 7. n.* 14. qui tamen *n.* 15. fatetur sententiam Glossæ *in dicto* §. *vendita*; facilè defendi posse. Secundum est, si similiter res tradatur, non assignato die solutionis pretij, videri tunc venditorem sequi fidem emptoris, nisi contrarium probetur, ut quia fortè dicebat emptor se habere pecuniam præsentem, ut argumento *l.* 2. *ff. de pignoratitia actione.* Quam sententiam amplectitur Barbosa *in l. divortio*, 8. *in principio*, 2. *p. num.* 35. *ff. solut. matrimonio*, & affert pro ea Tiraquel. *lib.* 2. *retract. in fine, num.* 77. asserentem esse magis receptam. Melius tamen alij contrarium statuunt, scilicet non videri habere fidem de pretio, qui rem simpliciter tradit, quando de contrario non constat; quia id subjecta materia postulat. Ita relatis alijs, Caldas *supra, num.* 12. & 15. *fine*: quod etiam probavimus *disp.* 4. *sect.* 5. *num.* 51.

Colliges quartò, si Emphyteusis vendatur, aut donetur habenti privilegium, ut ex solo titulo venditionis, dona- 44

donationis, aut simili, dominium acquirat ante traditionem, ut Ecclesiæ, vel Reip. quæ hoc privilegio gaudent per *l. final. Cod. de sacros. Eccles.* tunc necessariam non esse traditionem, ut vendens, aut simili titulo alienans in commissum incidat. Sic cum alijs Caldas *de extinct. c. 6. n. 20. & 21.* Patet, siquidem in ejusmodi eventu perficitur alienatio ante rei traditionem. Vnde notat idem Caldas *n. 22.* si aliquis vendat Emphyteusim suo colono, oportere, ut colonus emens protestetur, se nolle possessionem rei habere, sed tantum continuare detentationē, donec dominus consentiat; quia alioqui detentatio ex novo titulo emptionis in possessionem convertitur, & sufficit ad dominium acquirendum, ut plerique docent, & consequenter ad incidendum in commissum, ob perfectam alienationem absque domini consensu. Qua ratione etiam quando Emphyteusis venderetur Ecclesiæ, vel pio loco, suadendum esset contrahentibus, ut protestentur, se nolle uti privilegio acquirendi dominium, donec dominus consentiat, ut bene advertit idem Caldas *sup. n. 21.*

45 Secunda quæstio, utrùm incidat in commissum, qui sine consensu domini vendit, & tradit rem Emphyteuticam cum clausula, *salvo jure domini*? Respondetur affirmativè cum cōmuni Doctorum, quam relatis multis sequuntur Mol. Jurista *lib. 1. de primogen. cap. 21. n. 25.* Caldas *de extinct. cap. 5. n. 84. & cap. 6. n. 26. 27. & 32.* Brittus *in c. potuit, §. 2. n. 23. & seq.* & Mol. Theolog. *disp. 459. n. 8.* Ratio est, quia clausula, & protestatio contraria facto non excusat; sed tanquam fraudulenta rejicienda est. Non desunt tamen Doctores, qui contrarium sentiant, præsertim, si dictæ clausulæ addatur hæc alia, *non aliter, neque alio modo*, ut videre est apud Caldas *dict. cap. 6. num. 53. & seqq.* ubi idem videtur sentire, quando hæ duæ clausulæ simul cōcurrunt: & ita in hoc casu sentit relatis alijs Frag. *tom. 3. disp. 10. §. 1. n. 10.* cujus tamen contrarium tenet Brittus *sup. n. 24.*

Tertia quæstio. Vtrùm qui inconsulto domino vendit Emphyteusim cum clausula, *constituti*, qua scilicet se constituit possidere nomine emptoris, incidat in commissum, antequam realiter rem tradat? Negant multi, quos refert Caldas *d. c. 5. de extinct. n. 83. & c. 6. num. 24.* inter quos Guido Pape *q. 101.* Carolus Molineus *in consuetudines Parisienses, §. 13. glossa 5. num. 5.* & Antonius Gom. *in l. 45. Tauri, num. 94. & seq.* Eandem sententiam dicit Julius Clarus æquiorem *d. §. Emphyteusis, q. 13. n. 4. fine, & verbo, feudum, q. 31. num. 3.* tenet etiam pro alijs provincijs, extra Lusitaniam, August. Barbosa *in c. potuit, de locato, num. 56.* ubi alios refert. Eandem sententiam non solùm ut æquiorem, sed ut veriorem tenet, & latè probat Brittus *in d. c. potuit, §. 2. num. 11.* Item, ut æquiorem defendit Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 1. num. 9.* Tenet etiam Caldas *d. cap. 6. num. 25. & 31.* cum Tiraquel. & alijs, quos ibidem refert pro casu, quo Emphyteuta vendidit cum dicta clausula, *constituti*, addita simul clausula, *salvo jure domini*, verè autem rem non tradidit. Fundamentum principalis resolutionis est, quia licet clausula, *constituti*, eam vim habeat, ut operetur translationem possessionis, & dominij, *l. certè, §. 1. ibi, propriè possidere videor, ff. de precario*; attamen dum ad traditionē realem non pervenitur, non est res simpliciter in aliū translata, sed tantū ficto quodam modo: ut autē pœna cōmissi incurratur ob rei alienationem absq; cōsensu domini, requiritur propria, & vera rei translatio, juxta *l. fin. Cod. de jure Emphyt.* ibi, *jus Emphyteuticum transferre.* Jam verò, si addatur illa alia clausula, *salvo jure domini*, res videtur planior, cum per illā videantur salvari omnia jura domini, etiam illud, 46

quod habet, ut res non transferatur, antequam ille consentiat; quia licet ejusmodi protestatio, quando cum ea proceditur ad realem traditionem, dicatur contraria facto, verbalis, & fraudulenta, & sic inanis, talis tamen non videtur, quando quis tantummodo se constituit possidere nomine emptoris, quin ad realem traditionem procedat.

47 Contraria nihilominus sententia, quod scilicet incidat in commissum, qui ficto modo, ut per clausulam, *constituti*, rem tradit absque prævio consensu domini, videtur verior, & communior. Eam relatis alijs sequuntur Gama *decis.* 116. *n.* 1. Cald. *d. cap.* 5. *de extinct. n.* 84. dicens esse veriorem, quando non additur dicta protestatio, *salvo jure domini*, quod etiam tradit *c.* 6. *n.* 25. licet in sequentibus rem ita misceat, ut simpliciter ab hac sententia recedere videatur: Julius Clarus *sup.* dicens esse veram de rigore juris, Mol. *d. disp.* 459. *n.* 7. & alij permulti, quos refert Tiraquel. *tractat. de constit.* 3. *p. limit.* 26. *n.* 5. ubi hanc sententiam communiorem, & veriorem appellat. Tenet etiam Valascus *de jure Emphyt. q.* 34. *n.* 10. §. *illud non omitto*, ubi eandem resolutionem extendit ad traditionem Emphyteusis ex vi similium clausularum, ut reservationis ususfructus. Fundamentum est, quia licet traditio per ejusmodi clausulas sit ficta, tamen operatur veram translationem possessionis, & dominij, quemadmodũ traditio realis. Quare non minus contra dominum delinquit, & caducitatẽ incurrit, qui sine ejus consensu hoc ficto modo rem tradit, quam qui realiter tradit.

48 Vnde etiam excluditur eorum traditio, qui censuerunt vitari caducitatem, si traditioni per dictam clausulam, *constituti*, adjungatur protestatio, *salvo jure domini.* Nam si hæc protestatio rejicitur tanquam fraudulenta, & contraria facto, quando proceditur ad realem traditionem, ut supra statuimus, talis etiam censeri debet, quando adjicitur traditioni fictæ, cum re ipsa tam præjudicialis domino, & translativa possessionis sit traditio ficta, quam realis. Adverte autem hanc nostram resolutionem procedere quando res traditur fictè per dictam clausulam, *constituti*, vel similem, præsente, & acceptante eo, in quem res transfertur: nam si sit absens, non acquirit possessionem neque dominium, nisi sequuta ejus ratihabitione tempore habili, ut ex cõmuni sententia, & relatis multis docet Valasc. *consul.* 55. *n.* 2. Vnde consequens est non incurri caducitatem per talem fictam traditionem, si ante dictam ratihabitionem consensus domini accedat.

Quarta quæstio, utrùm vendens, & tradens Emphyteusim, irrequisito domino, sub pacto legis commissoriæ, vel addictionis in diem, incidat in commissum? Respondetur negative ex communi sententia, quam relatis alijs sequuntur Gama *dec.* 12. Caldas *de extinct. cap.* 6. *num.* 37. & *c.* 7. *n.* 9. Molina *dicta disp.* 459. *num.* 9. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 2. *num.* 16. & Augustinus Barbosa *in c. potuit, de locato, num.* 66. Quidquid in contrarium latè pugnet Brittus *in dicto c. potuit*, §. 2. *num.* 20. & 21. Quia licet ejusmodi venditio sit pura, & sequuta traditione dominium transferat, attamen ratione pacti illi adjecti in conditionalem resolvitur, cùm pactum sit, ut si statuta die pretium non solvatur, vel si melior conditio offeratur, res sit inempta: unde si ejusmodi casus, seu conditio eveniat, locus caducitati non est, cum contractus ita ipso jure resolvatur, ac si nunquam fuisset initus. Secus autem, si casus resolutionis non eveniat: tunc enim si ante lapsum termini pacto constituti non postuletur consensus domini, caducitas incurretur, cum adveniẽte termino confirmetur venditio, nec jam ex vi dicti pacti resolvi possit. Adverte prædicta intelligi, quando in ipsa venditione, aut in continenti post illam 49

illam fuit appositum aliquod ex illis pactis. Nam si fuisset appositum ex intervallo, non excusaretur venditor à commisso, ut bene cum alijs advertit Tiraquelus *de retractu convention.* §. 1. *glossa* 7. *num.* 4. Estque communis sententia, siquidem tunc statim alienatio esset firma, & consumata, licet ex postfacto revocabilis efficeretur, quod non tollit jus domino quæsitum ad rem ob commissum recuperandam.

50 His consequens est, excusari similiter Emphyteutam, qui domino inconsulto rem vendit, & tradit cum pacto de retrovendendo, verbis directis in ipsa venditione, aut post eam in continenti apposito; cum ex tali pacto pari modo evadat contractus resolubilis in conditionalem, atque ex pacto addictionis in diem. Si autem pactum de retrovendendo appositum esset verbis obliquis, vel dubijs, ut si non dicatur, quod reddito pretio res sit inempta, sed quod revertatur ad venditorem, vel ei restituatur, vel dissolvatur venditio, aut quid simile, tunc non manet venditio resolubilis in conditionalem, ita ut reddito pretio habeatur quasi nunquam fuerit, sed tantum ab ea receditur ex partium conventione, quod non tollit, quominus fuerit in se perfecta, & requirens consensum domini, ut caducitas vitetur. Quamobrem *disp.* 4. *sect.* 5. §. 4. *n.* 55. multis relatis Doctoribus statuimus, deberi ex ea laudemiũ, nec repeti posse, licet postea ex vi illius pacti dissolvatur. Vnde consequens est, si irrequisito domino fiat, incurri commissum. Hæc ita cum alijs docet Caldas *de extinction. cap.* 7. *num.* 6. ubi licet referat aliquos docentes absolutè ob venditionem cum pacto de retrovendendo non incurri commissum, si res ex vi pacti redimatur, tamen vel loquuntur in casu, quo in continenti Emphyteusis redimitur, & recuperatur, ut quidam eorum se explicant: vel intelligendi sunt pro casu, quo illud pactum fuit appositum verbis directis, ut scilicet reddito pretio res sit inempta. Illud tamen addendum, quando res ex vi dicti pacti verbis obliquis in continenti appositi redimeretur, opus non esse novo domini consensu, & sic absque illo fieri posse redemptionem sine metu commissi, ut cum Stephano Gratia, *disceptat. forens. cap.* 180. *num.* 20. notavit Fragos. *tom.* 3. *disp.* 10. §.3. *n.* 7. non enim est novus contractus, sed dissolutio prioris: unde nec laudemium tunc debetur, ut *loco citato, disp.* 4. *num.* 56. cum alijs tradidimus.

Quinta quæstio, utrùm qui Emphyteusim vendidit, & tradidit, domino irrequisito, excusetur à commisso, si eam redimat? Respondetur, licet de rigore juris iste redimens non excusetur, ut censent communiter Doctores, Sylvester, *verbo, Emphyteusis, quæst.* 5. *vers. secundo*, Valascus *de jure Emphyteutico, quæst.* 38. *num.* 10. Julius Clarus §. *Emphyteusis, quæst.* 13. *num.* 16. Mol. *disp.* 59. *num.* 10. & alij statim referendi; attamen ex æquitate excusari debere. Ita Gama *decis.* 174. ubi in fine dicit, se juxta hanc æquitatem cum alijs suis collegis judicasse; & Caldas *de extinctione, cap.* 7. *à principio*, ubi post quæstionem ultro, citroque, & multis relatis Doctoribus, agitatam, tandem *num.* 8. in hac nostra resolutione conquiescit, in hæc verba: *Quod autem diximus Emphyteutam Ecclesiasticum recuperantem rem alienatam excusandum fore, non sæcularem; proculdubio juris rigori tribuendum est, non æquitati, secundum quam redimens Emphyteuta excusari debet. Etenim palam constat post redemptam, & recuperatam postliminio Emphyteusim, nullum præjudicium inferri domino, nec ejus conditionem deteriorem fieri.* Ita ille. Non constat autem inter hujus sententiæ Authores, intra quantum tempus debeat Emphyteuta redimere, ut ex dicta æquitate 51

 excuse-

excusetur. Quidam enim sentiunt debere redimere in continenti, id est, antequam ad actus extraneos divertat. Sic Carolus Molineus, & Neguzantius apud Caldas *d. cap. 7. sub num. 5.* Quod tandem idem Carolus restringit ad casum, quo Emphyteusis fuit realiter tradita emptori: si enim fuisset tradita fictè, credit sufficere, quod ex intervallo recuperetur. Alij existimant satis esse, quod recuperetur, antequam dominus super commisso litem moveat, vel etiam antequam lis contestetur, ut expresse tradit Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordin. regiam, lib. 4. tit. 38. in princip. n. 30.* ubi affirmat ita se
51 vidisse judicatum in Senatu Portugalensi. Idem videtur sentire Gama, *d. decis. 274. n. 2.* quatenus docet, dictam æquitaté non procedere, quando jam lis super commisso contestata est. Pro qua sententia allegat Decium *consil. 160. ad finem*, & alios. Eandem sequitur August. Barbosa *in collect. ad c. potuit, de locato, n. 63.* additque se ita vidisse in Senatu judicatum.

52 Sexta quæstio, utrùm amittat totam Emphyteusim, qui unam partem rei Emphyteuticæ absque consensu domini alienavit? Affirmant Baldus, Albericus, Alexand. & alij, quos refert Tiraquel. *de retract. lignag. §. 23. glossa 1. n. 4.* qui loquuntur, quando una pensio pro omnibus partibus Emphyteusis imposita est: idem videtur tenere Sylvester *verbo, Emphyteusis, q. 5. vers. secundo*, quatenus referens pro hac parte Jasonem dicit, quod ita tenetur, & Gregorius Lopes *l. ult tit. 8 partit. 5. verbo, La venda*, quatenus lectorem remittit ad Jasonem, qui hanc sententiam innuit, *l. final. Cod. de jure Emphyt.* Nonnullos etiam pro eadem refert Cald. *de extinct. c. 9. n. 7.* & illam pro regno Lusitaniæ, ubi Emphyteusis est individua, veram credit Molina, *disp. 459. num. 12.*

53 Communis tamen sententia est, solum amitti partem alienatam. Hanc relatis plurimis sequuntur Tiraq. *dicta glossa 1. n. 28.* Julius Clarus *ubi supra*, Caldas *de extinct. cap. 5. n. 58. & d. cap. 9. à principio, & n. 9. & seq.* Rebellus *lib. 13. q. 4. sub num. 7.* Emmanuel Barb. *in remiss. ad Ordin. regiam, lib. 4. tit. 38. in princip. n. 31.* August Barbos. *in collect. ad c. potuit, de locato, n. 82.* Brittus *ibid. §. 2. n. 41.* & Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 1. n. 12.* Probatur primò, *ex c. 1. de vassallo, qui contra constitutionem Lotharij beneficium alienavit*, ubi statuitur, ut vassalus, qui alienaverit totum feudum, perdat totum, & qui partem, perdat partem. Secundo ex regula, quam ex prædicto textu, & similibus deducit Glossa ibi, quod scilicet, nemo est puniendus ultra quam deliquerit: unde quando Emphyteuta in parte tantùm rei Emphyteuticæ malè versatus est, eam alienando, ratio postulat, ut in parte tantũ puniatur eam amittendo: limitat autem hanc sententiam Caldas *d. c. 9. n. 13. & 18.* ut procedat quando plures res distinctæ continebantur sub eadem Emphyteusi, & aliqua earum fuit alienata: non autem quando erat una tantùm res Emphyteutica, ut una domus, vel unus fundus. Limitat etiam Brittus *supra*, nisi maior pars Emphyteusis esset alienata. Quæ limitatio mihi placet, si procedat de parte unius rei totalis, & continua, ut fundi, vineæ, &c. Placet etiam limitatio alia, quam cum Jason. Gonçallo Valasco, Pinto, & Caldas tradit Fragos. *sup. vers. limita tamen*, ut scilicet prædicta communis sententia non procedat, quando Emphyteuta vendidit partem Emphyteusis, non ut Emphyteuticam, sed ut allodialé, & liberam; quod tunc valde graviter offendat dominum directum, & sic mereatur privari tota Emphyteusi.

Septima quæstio, utrùm quando sunt duo domini directi, & unus tantũ 54
fuit requisitus pro Emphyteusi alienanda, incidat Emphyteuta in cõmissum? Respondetur, incidere pro parte, quæ spectat

spectat ad dominum, qui requisitus non fuit. Ita Sylvest. *ubi supra*, Molina *d. disp.* 459. *n.* 13. & Barbosa *in remiss. ad locum citatum Ordin. regia*, *n.* 40. ubi pro hac sententia refert Stephanum Gratianum, *disceptationum forensium cap.* 36. *num.* 14. Ratio est, quia uterque dominus debuit requiri, ad hoc ut Emphyteusis posset alienari, ut probavimus *disp.* 4. *sect.* 8. §. 5. Vnde qui alienavit, non requisito uno ex illis dominis, in commissum incidit respectu illius, & ideo partem ad eum spectantem illi amittit.

55 Octava quæstio, utrùm incidat in commissum, qui inconsulto domino alienavit, ignorans rem esse Emphyteuticam? Respondetur negativè ex communi sententia, quam sequuntur Gregorius Lopes *supra*, Gama *decis.* 91. *n.* 3. Caldas *de extinct. c.* 7. *num.* 18. Molina *d. disp.* 459. *n.* 18. & alij communiter. Sumitur à simili de feudo, *in c.* 1. *de controversia inter dominum, & emptorem feudi*, ibi, *nec obstante venditione, eo quod ignorans alienavit.* Et ratio est, quia per ignorantiam tollitur culpa, sine qua pœna commissi non incurritur. Debet autem ignorantia esse probabilis; quæ quando talis in præsenti materia præsumenda sit, constat ex dictis in simili *sect. praced. num.* 22. de cõmisso ob non solutam pensionem. Sufficiet tamen dubitasse probabiliter, an res esset Emphyteutica, ut tam alienans illam absque consensu domini, quam cessans à solvenda pensione à commisso excusetur, ut bene probat Gama, *supra n.* 2. & 3.

SECTIO QUARTA.

De alijs causis, ex quibus pœna commissi incurritur.

SUMMARIUM.

Emphyteusis Ecclesiastica amittitur citrà controversiam ob deteriorationem rei Emphyteuticæ. Idem verò dicendum de Emphyteusi sæculari juxta communem, & veriorem sententiam. n. 56.

Intelligitur verò hæc resolutio primò, dummodo deterioratio sit magna, prudentis arbitrio. Secundò, dummodò respiciat perpetuum rei detrimentum. Tertiò, dummodò facta fuerit culpabiliter: & quæ culpa requiratur? n. 57.

Vtrùm incidat in commissum, qui sine licentia domini arbores fructiferas extirpavit, ut verbi causa, olivetum, & vineam ibidem plantavit? n. 58. *& seqq.*

Emphyteuta potest novum opus facere in re Emphyteutica, quin dominus illi possit tale opus nunciare; dummodò non sit perpetuò damnosum: Domino autem, si novum aliquid moliri velit in ipsa re, potest Emphyteuta illud nunciare: quamvis oppositum quoad utramque partem sit in usufructuario. n. 60. *post med.*

Vtrùm Emphyteuta destruens meliora-menta, quæ fecerat, incidat in commissum? sub d. n. 60.

An si tantum pars Emphyteusis deteriorata sit ab Emphyteuta, eam tantum amittere debeat, vel totam? n. 61.

Vtrùm si una pars Emphyteusis fuerit notabiliter meliorata, & alia notabiliter deteriorata, compensetur deterioratio cum melioratione, & sic neutra pars amittatur? n. 62.

Incidit in commissum, qui mendaciter negat domino, se esse ejus Emphyteutam, & de tali mendacio convincitur: secus, si id neget bona fide, putandò se non esse Emphyteutam illius domini. n. 63.

Idem dicendum de eo, qui negat qualitatem Emphyteusis in præjudicium domini. ibidem.

Emphyteuta, qui vendens Emphyteusim non declarat verum pretium, quo illam vendit, incidit in commissum. n. 64.

Ad hujusmodi fraudem vitandam solet ostendi domino scriptura venditionis. ibidem.

An incurratur pœna commissi ob non solutum laudemium? eod. n. 64.

Incidit in commissum, qui Emphyteusim alienat in personam non idoneam: hæc tamen causa reducitur ad alienationem absque consensu domini. n. 65.

Non potest expelli Emphyteuta ex causa ingratitudinis, quamvis secus sit in vassallo. Neque etiam ex eo quod ad actus illicitos, & inhonestos re Emphyteutica abutatur: licet ob hanc causam possit expelli conductor. eod. n. 65.

56 INciditur præterea in pœnam commissi ob deteriorationem rei Emphyteuticæ. Hęc resolutio quoad Emphyteusim Ecclesiasticam ab omnibus recipitur: habetur enim expresse *Authent. de alienat. & Emphyteusi, §. si verò quis, aut locator, & Authent. qui rem, Cod. de sacros. Eccles.* Quoad secularem verò contrarium sentiunt aliqui, quos citat, & sequi videtur Valasc. *consult.* 50. *n.* 5. eo quod non sit textus, quo hæc pœna pro ea culpa imponatur. At communis, & verior sententia tenet, etiam propter deteriorationem Emphyteusis sæcularis dictam pœnam incurri. Ita sentiunt Bartholus *in l. divortio* 8. *§. si fundum, ff. soluto matrim.* Sylvest. *verbo, Emphyteusis, q.* 5. *vers. sexto*, Pinelus, *in l.* 1. *Cod. de bonis maternis, par.* 2. *n.* 60. Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum, §. Emphyteusis, quæst.* 26. Gama *decis.* 305. Barb. *in d. l. divortio, §. si fundum, num.* 16. Azor, dicens non videri ab hac communi opinione recedendum *p.* 3. *lib.* 10. *tract. de Emphyt. c.* 9. *q.* 1. Mol. *disp.* 457. & plures alij, quos referunt. Probatur primò, quia contractus Emphyteuticus fuit primo introductus ad res meliorandas: unde non patitur æquitas, ut dominus teneatur conservare Emphyteutã, qui rem evertit, & deteriorem reddit. Secundò, quia ut habetur *l. ade,* 3. *Cod. de locato*, expelli potest conductor, qui in re locata malè versatus est: eadem autem est ratio de Emphyteuta, qui rem deteriorem facit. Itaque sive Emphyteusis sit Ecclesiastica, sive sæcularis, propter deteriorationem admittitur.

57 Intelligenda tamen est hæc resolutio primo: dummodo deterioratio sit magna, prudentis arbitrio; ut bene Sylvester *loco supra cit.* Gama *decis.* 342. *n.* 3. Barbosa *d. §. si fundum, n.* 20. & Mol. *supra*, argumento *l. scio, ff. de in integrum restitutione.* Secundò, dummodo respiciat perpetuum rei detrimentum, ut si facta sit in ipsa rei substantia, vel si res Emphyteutica esset vinea, quę sineretur emori, & sylvescere: unde non sufficit, quod deterioratio solùm esset quoad fructus, ut si ager non coleretur. Sic Doctores proximè citati, præsertim Sylvest. Barb. & Mol. Tertiò, dummodo processerit ex dolo, vel lata culpa, aut saltem levi; Si enim ob casum fortuitum, vel culpã levissimam res sit deteriorata, non cadet Emphyteuta à jure suo. Ita Sylvester, Barbosa, Mol. *supra*, & Azor *d. c.* 9. *q.* 4. A quibus ex parte dissentit Gama *proxime cit. & decis.* 305. dicens, Emphyteutam non teneri ob deteriorationem, nisi ex dolo, & lata culpa. At prior sententia est verior; quia in contractibus respicientibus utilitatem utriusque contrahentis, qualis est Emphyteuticus, non solùm tenetur quis ex lata culpa, sed etiam ex levi, non verò ex levissima, ut constat *ex l. si ut certo, §. nunc videndum, & l. in rebus commodatis, in princip.* ubi Glossa, *verbo, æstimatio, ff. commodati, & l. contractus, ff. de reg. juris*; qua de re diximus *tract. de contractibus in genere, disp.* 7. *sect.* 2. Procedit autem hæc resolutio, nisi intervenerit pactum, ut ob deteriorationem nequeat expelli Emphyteuta. Nã tunc solùm ob deterioratione factam dolo, (qui nulla conventione remitti potest, *l. conveniri, ff. de pact. dot. l. contractus, vers. excepto eo, ff. de reg. juris*) expelli poterit, ut latius tradit Fragos. *tomo* 3. *disp.* 9. *§.* 11. *sub n.* 2.

58 Controverti autem in præsenti solet, utrùm incidat in commissum Emphyteuta, qui sine licentia domini arbores

bores fructiferas extirpavit, ut verbi gratia, olivetũ, & vineam ibidem plantavit? Ratio dubitandi pro parte affirmativa sumitur ex doctrina Bartholi communiter recepta in *d. l. divortio*, *§. si fundum*, *n.* 3. ubi absolutè docet, posse repelli Emphyteutam, si arbores frugiferas cædat. Secundò ex Baldo *n.* 2. & Jason. *n.* 99. *in l.* 1. *C. de jure Emphyt.* ubi concludunt, quod Emphyteuta non potest extirpare sylvam cæduam, & ibi vineam plantare, invito domino. Tertiò, ex eo quod destruere domos, & arbores excidere à pari procedunt, *l. eleganter*, *§. non solùm*, *ff. de dolo*. non est autem dubitandum, Emphyteutam incidere in commissum, si domum Emphyteuticam diruat. Quartò *ex l. usufructuarius novum tectorium*, *ff. de usufructu*, & similibus, ubi usufructuario interdicitur absque proprietarij licentia perficere ædificium inchoatum, etiam si melius reddatur. Ex quibus in proposita controversia partem affirmativam probabiliorem judicat Azor *sup. §. quid autem dicendum*.

59 Contrarium nihilominus merito sentiunt Valascus *consult.* 50. *num.* 5. *& seqq.* affirmans ita fuisse judicatum in Senatu, nemine discrepante, Barbosa *d. §. si fundum*, *n.* 18. ubi plures refert, & Mol. *d. disp.* 457. *n.* 5. quando ex tali mutatione res non fuit deteriorata, saltem notabiliter, ut latiùs idem Barbosa explicat *n.* 19. Ratio est, quia cum Emphyteusis principaliter sit inventa ad rem meliorandam, non videtur interdicta mutatio ejus in melius: & licet per mutationẽ forte in aliquo reddatur deterior; tamen, si deterioratio sit modica, non sufficit ad incurrendam pœnam cõmissi, ut ex supradictis constat. Maximè autem procedit hæc sententia, ubi dicta mutatio fieri consuevit; ex qua consuetudine idem approbat, & judicatum refert Gama *dec.* 147. *n.* 5. Limitat verò traditam resolutionem Molina *n.* 8. ut procedat, quando à principio Emphyteuticatum fuit solum, in quo vinea, vel olivetum plantatum est: vel quando Emphyteuticatum fuit prędium magnum, cujus aliqua pars erat domus, vinea, olivetum, vel sylva cædua: non autem quando à principio tantummodo fuit Emphyteuticata vinea, olivetum, aut sylva, non verò solum, seu terra, quæ illis consita erat; quod tunc per totalem destructionem plantarum contractus Emphyteuticus finiatur, atque in optione domini sit vel usurpare solum, & cogere Emphyteutam ad solvendum interesse; vel eundem cogere, ut reparet. Quæ limitatio vera est, illamque attingit Barbosa *d. n.* 19. *fine*, dicens, incidere in commissum, si formam rei mutet, quamvis fortè aliam formam meliorem inducat: ac pro ea videnda sunt quæ diximus *disp.* 2. *sect.* 1. *n.* 4. *&* *disp.* 4. *sect.* 3. *n.* 18. *& seqq.* ubi etiam explicuimus, an destructa domo Emphyteutica, extinguatur Emphyteusis, non obstante quod remaneant area, & cæmenta, quibus constabat.

Rationes dubitandi pro priori sententia diluuntur facile. Ad primã desumptam ex Bartholo respondetur, illam ejus doctrinam procedere, quando loco arborum cæsarum aliæ non reponuntur. Sic enim Bartholum intelligunt Angelus, Alexander, Iason, & alij apud Valascum *d. consult.* 50. *n.* 7. Ad secundam petitam ex Baldo, & Iasone respõdetur, eos non asserere, quod Emphyteuta non potest illam mutationẽ facere sine licentia domini, sed tantum quod non potest illam facere invito, & reluctante domino, quod etiam admittit Valascus, *sup. n.* 9. *post medium*, & censuerunt Senatores regij ab eo relati, qui propterea in casu proposito judicarunt, si dominus directus velit, ut iterum in prædio plantetur olivetum, posse ad id cogere Emphyteutam. Vel dic, & fortè melius cum Mol. *sup. n.* 6. illam doctrinam Baldi, & Iasonis intelligendam esse, quando utilior, & melior, saltem ob diuturnitatem, erat sylva 60

va cædua, quam vinea. Ad tertiam respondetur, si res Emphyteutica non cõsistat solum in domibus, vel in vinea, seu vitibus, non incidere Emphyteutam in commissum, si illas destruat, ut pro illis aliquid melius, & utilius efficiat. Ad quartam denique respondetur esse diversam ratione in usufructuario, atque in Emphyteuta, quod Emphyteuta plus juris in re habeat, quam usufructuarius: unde hic omnino tenetur rei proprietatem conservare, nihil de ejus substantia mutando, etiam in melius: Emphyteuta verò, cùm rem ad meliorandum, & meliori cum jure accipiat, quamlibet mutationem in melius, dum tamen totam rem Emphyteuticam non destruat, efficere potest. Quod vel inde fit planum, quia licet usufructuarius nihil novum in re facere possit, *d. l. usufructuarius novum territorium*, nec nunciare novum opus proprietario in ipsa re facienti, *l. si autem, ff. de operis novi nunciatione*: attamen Emphyteuta, & vassallus utrumque potest efficere, nimirum & novum ædificium construere in prædio Emphyteutico, quin dominus possit illi nunciare, seu impedire opus, si perpetuum damnum rei Emphyteuticæ non afferat: & si dominus aliquid novum moliri velit nunciare illi opus, illudque impedire, imo & jam factum destruere; prout utrumque probat Valascus *de jure Emphyt. q. 18. n. 23. & 24.*

Adhuc tamen dubitabis, utrùm incidat in pœnam cõmissi Emphyteuta, qui melioramenta suis expensis facta in re Emphyteutica demolitur, non repositis aliis, & sic rem quoad hæc deteriorem reddit? Respondet negativè Fragos. *tomo 3. disp. 10. §. 4. sub n. 4. vers. ne tamen, & seqq.* ex Baldo, quem ibi refert in simili de feudo, & ex *l. Senatus, §. Marcellus, ff. de leg. 1.* & ibi Barthol. ubi habetur posse maritum destruere domum factam suis expensis in re dotali. Limitat autem, nisi meliramenta destructa essent ex iis, quæ Emphyteuta tenetur facere, & cedunt domino directo absque obligatione solvendi æstimationem: hæc enim fatetur non posse ab eo destrui absque metu commissi. Hæc tamen opinio, etiam cum prædicta limitatione, mihi est difficilis. Primò, quia melioramenta adhærentia rei Emphyteuticæ, ut ædificia, parietes, arbores, & similia, cedunt ipsi rei, vel solo, cui adhærent, & sic quoad dominium directum pertinent, non ad Emphyteutam, à quo sunt facta, sed ad dominum, ut est notissimum, & fatetur ipse Fragos. *sub d. n. 4. vers. tertium assertum*: nullum autem jus permittit, ut quis impunè destruat rem alterius ipso invito. Secundò & principaliter, quia destructio melioramentorum est quædam eorum alienatio non minus punibilis, quam si in alium alienarentur: hac enim ratione notant communiter Doctores, si prælatus excidat, seu destruat arbores fructiferas magni pretii prædiorum Ecclesiæ, incurrere pœnas latas in alienantes bona Ecclesiastica immobilia, ut videri potest apud Bonac. *tomo 1. tract. de alien. bonorum Ecclesiast. disp. 2. q. unica, puncto 2. n. 7.* & Tamburin. *tom. 3. de jure Abbat. disp. 13. q. 3. n. 6.* constat autem incidere in pœnam commissi Emphyteutam, qui alienat melioramenta absque consensu domini, ut vidimus *disp. 4. sect. 7. §. 6.* & patet ex *l. ult. C. de jure Emphyt.* Quare non videtur prædicta opinio admittenda, sed potius opposita, quam sequitur Corbul. apud eundem Fragos. *sub d. n. 4. vers. an autem*, quod intelligo, nisi melioramenta destructa essent parvi momenti: hæc enim non considerantur: & id tantum probat textus *in d. §. Marcellus*, ut constat ex Glossa, & Barth. ibidem.

Controverti etiam solet, an si tantum pars Emphyteusis deteriorata sit ab Emphyteuta, eam tantum amittere debeat, vel totum? At breviter ad hoc dicendum est, solùm amittere partem dete- 61

deterioratam, ut relatis alijs tradunt Doctor Petrus Barbosa *in l. divortio*, §. §. *final.* 2. *p. n.* 41. *&* 42. *ff. soluto matrimonio*, & Caldas *de extinct. cap.* 9. *sub n.* 6. *& n.* 26. Et constat à simili ex dictis *sect. praced. n.* 53. circa alienationem unius tantùm partis rei Emphyteuticæ. Quod tamen intelligendum est, quando Emphyteusis constabat ex rebus distinctis, quarum aliqua deteriorata sit. Nam si una, & eadem res secundum aliquam partem fuerit notabiliter deteriorata, ipsa res simpliciter dicetur deteriorata, & tota amittetur.

62 Si autem quæras, an si una pars Emphyteusis fuerit notabiliter meliorata, & alia notabiliter deteriorata, compensetur deterioratio cum melioratione, & sic neutra pars amittatur? Respondet Barbosa *supra, n.* 42. si deterioratio, & melioratio facta sit in eadem re secundùm diversas partes, ut in eodem fundo, vel in eadem domo, tunc bene compensari deteriorationé, nullamque partem amitti. Secus autem, si deterioratio sit facta in una re, & melioratio in alia distincta ejusdem Emphyteusis; tunc enim amitti rem deterioratam, non obstante melioratione alterius; ut etiam relatis alijs tradit Gama *decis* 17. *num.* 1. dicens, ita fuisse judicatum. Quæ distincto mihi placet, & confirmat satis limitationem *num. pracedenti* positam circa resolutionem principalem.

63 Incidit etiam in pœnam commissi, qui mendaciter negat domino, se esse ejus Emphyteutam, & de tali mendacio convincitur. Ita Sylvester *verbo, Emphyteusis*, *q.* 5. *vers. primo*, Valascus *de jure Emphyt. q.* 8. *n.* 10. Molina *disp.* 449. *n.* 1. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 3. *n.* 5. & alij. Probatur primò à simili de feudo per textum *in cap.* 1. *§. finali*, *de lege Conradi*, ubi vassalus negans feudum illud amittit, si dominus contrarium probet. Secundò, quia is, qui non solvit domino pensionem duobus aut tribus annis, incidit in commissum, eo quod tacitè nolit dominum recognoscere: ergo multò magis debet incidere, qui expresse illum recognoscere non vult, negando mendaciter Emphyteusim. Dico, *mendaciter*, quia ut cum Innocentio notat Sylvest. *supr.* qui ignoranter Emphyteusim negaverit, putando bona fide, se non esse Emphyteutam illius domini, à cõmisso excusatur, siquidem vacat culpa. Idem dic de eo, qui licet fateatur Emphyteusim, tamen negat ejus qualitatem in præjudicium domini, ut si neget esse temporalem, contendendo esse perpetuam. Si enim in hoc mentiatur, pari modo à jure cadet, si de mendacio convincatur, ut bene notat Valascus *supra, n.* 11. ubi affirmat, ita fuisse judicatum, illo advocante. Secus autem, si bona fide, seu ex ignorantia negasset. Ad maiorem lucem prædictorum vide, quæ tradidimus *disp.* 1. *sect.* 2. §. 1. circa obligationem ostendendi domino scripturam, & titulum Emphyteusis.

64 Denique incidit in commissum Emphyteuta, qui vendens Emphyteusim non exponit domino verum pretium, quod ab emptore offertur: in quo sive dominum decipiat dicendo sibi offerri minus pretium, quam re vera offertur, ut hac ratione laudemiũ diminuat; sive dicendo sibi offerri maius, ut sic dominum avertat, ne tantundem pro re offerat, pœnam commissi incurrit, ut relatis alijs tradidimus, *disp.* 4. *sect.* 9. *num.* 105. Quod verò, absolutè loquendo, incidat in commissum, qui non declarat domino verum pretium, apertè sumitur *ex l.* 2. *Cod. de jure Emphyt.* ubi disponitur ut verũ pretium prædicatur; & tandem in fine dicitur, ut si Emphyteuta aliter versatus fuerit, quam lex illa disponit, à jure suo cadat. Ad hæc citato loco advertimus cum Caldas *de extinct. cap.* 13. *num.* 8. ad has fraudes vitandas introductum esse in aliquibus partibus, ut quando domi-

dominus requiritur, an Emphyteusim sibi velit retinere pro eodem pretio, illi ostendatur scriptura venditionis, ad hoc ut ex illa cognoscat quanto pretio, & cum quibus conditionibus Emphyteusis vendatur, simulque alia pro domini indemnitate ibi notavimus; quæ quia plenè ibi sunt notata, hîc nõ scribimus. Vnde etiam omitto quæstionem, an incurratur pœna cõmissi ob non solutum laudemiũ, quia huic dubitationi satisfactum est *d. disp.* 4. *sect.* 4. *n.* 46. ubi cum Surdo, & alijs apud ipsum, partem negantem secuti sumus: de qua tamen nunc dubito; quia eadem, imo maior est culpa, nolle solvere laudemium, quam non detegere domino verum pretium, quo res venditur, ut sic dominus parte laudemij fraudetur; propter quam causam pœna commissi incurritur. Et quidem Gama *decis.* 91. *n.* apertè supponit incurri commissum propter non solutum laudemium.

65 Præter assignatas causas non reperio alias, ex quibus pœna commissi incurratur, nisi forte quam tetigimus, *disp.* 4. *sect.* 9. *n.* 3.198. ubi cum Caldas, & Molina diximus, incidere in cõmissum, qui Emphyteusim transfert in personam non idoneam, ut in potentiorem. At hæc causa reducitur ad alienationem Emphyteusis sine consensu domini; cùm propterea in eo casu in commissum incidatur, quia dominus non censetur cõsentire, ut Emphyteusis in talem personam alienetur. Cogitabit fortasse aliquis, etiam ex causa ingratitudinis posse Emphyteutam expelli, cùm hæc sit una ex causis, propter quas vassallus potest feudo privari. At merito Valascus *de jure Emphyt.* *q.* 39. *n.* 12. contrarium docet, quia non semper valet argumentum à feudo ad Emphyteusim, maximè quoad causas expulsionis. Nam vassallus potest privari feudo ex quibusvis causis, propter quas potest exhæredari filius; quod in Emphyteusi minime admittitur. Dubitari etiam posset, an Emphyteuta possit à domino expelli à domo Emphyteutica, si illa abutatur ad actus illicitos, & inhonestos; quemadmodũ potest expelli conductor? Sed ad hoc etiam respondet negativè Valascus *de jure Emphyteut. q.* 23. quia Emphyteuta est dominus rei, non ita verò conductor.

SECTIO QUINTA.

Explicantur aliqua circa amissionem Emphyteusis in pœnam commissi.

SUMMARIUM.

Vtrùm Emphyteuta incidens in commissum amittat Emphyteusim ipso jure? n. 66.

Quamvis Emphyteusis ipso jure amittatur propter commissum, non tamen amittitur, priusquam dominus declaret, se velle eam pœnam incurri. n. 67.

Nemo præter ipsum dominum potest commissum objicere. n. 68.

Nemo potest opponere de jure tertij, etiam cum ipso facto inductum est, quando tale jus pendet à voluntate illius tertij. eod. n. 68.

Non requiritur declaratio domini, ut Emphyteusis extinguatur ob finitam generationem. ibidem.

Vtrùm amittens Emphyteusim propter commissum teneatur restituere omnes fructus perceptos à die cõmissi, vel solùm à die, quo dominus declaravit se velle eam pœnam exequi? n. 69.

Vtrùm finita Emphyteusi propter commissum, possit dominus propria authoritate Emphyteutam expellere? n. 70. & seqq.

Ius exigendi pœnam commissi solùm durat per quinquennium. n. 73.

Vtrùm jus exigendi pœnam cõmissi transeat ad hæredes domini, qui, dum viveret, de illa non egit? n. 74. & seqq.

Vtrùm

Vtrùm quando dominus non egit de commisso adversus committentem, possit agere adversus ejus successores, cogendo illos, ut Emphyteusim dimittant ob culpam prædecessoris? n. 77. & seqq.

Vtrùm quando non competit actio ad pœnam commissi contra hæredem committentis, competat saltem exceptio? n. 84.

Incidens in commissum, non sibi tantùm, sed etiam successoribus nocet. n. 85.

Maritus sine uxoris consensu potest remittere commissum. n. 86.

Tutor minoris, & Prælatus Ecclesiæ remittere potest commissum, in quod incidit Emphyteuta minoris, vel Ecclesiæ. Potest autem minor, & Ecclesia restitui adversus eam remissionem, si læsionem sentiant. eodem n. 86.

Qualibet causa, etiam colorata, sufficit ad excusandum Emphyteutam à commisso. n. 87.

Qui vendidit rem Emphyteuticam, vel aliquibus annis pensionem non solvit, cum merito dubitaret, an res, vel contractus, ex quo tenebatur, esset Emphyteuticus, vel censualis, excusatur à commisso, licet tandem probatum fuerit contractum esse Emphyteuticum. ibidem.

QVamvis in superioribus satis explicatum sit, ex quibus causis Emphyteusis amittatur, & extinguatur, adhuc circa ejus omissionem propter commissum in generali, nonnullæ restant quæstiones in hac sectione explicandæ.

66 Prima quæstio est, utrùm Emphyteuta incidens in commissum amittat Emphyteusim ipso jure, nulla expectata judicis sententia? Respondetur affirmativè. Ita loquendo de cōmisso ob alienationem absq; consensu domini, Glossa ultima *in l. final. Cod. de jure Emphyt.* juxta textum, ibi, *si autem aliter fuerit versatus, quam nostra constitutio disponit, jure Emphyteutico cadat;* Iason ibibem *n.* 103. *& seq.* Julius Clarus *lib.* 4. *sententiarum*, *§. Emphyteusis*, *q.* 13. *n.* 2. & relatis pluribus, dicensque esse cōmunem, Cald. *de extinct. c.* 17. *n.* 3. *& c.* 18. *n.* 2. & Frag. *tom.* 3. *disp.* 10. § 2. *n.* 1. Quibus accedit Ordin. Lusit. *lib.* 4. *tit.* 38. §. 1. ubi expresse habetur, ut alienans Emphyteusim absque consensu domini amittat ipso facto omne jus, quod in re habebat. Idem loquendo de cōmisso ob non solutam pensionē, sentit Sylvest. *verbo, Emphyteusis*, *q.* 5. *prope finem*, Iason *in l.* 2. *Cod. de jure Emphyt. n.* 58. *& seq.* Julius Clar. *d.* §. *Emphyt. q.* 9. Azor dicens esse cōmunem, *p.* 3. *lib.* 10. *tract. de Emphyt. cap.* 9. *q.* 2. Cald. *d. cap.* 18. *n.* 2. & plures alij, quos referunt. Similiter cadere ipso jure, qui incidit in cōmissum ob deteriorationem, tenet Sylv. *ubi supra*, & Iason, quem refert. Atque eadem est ratio in cæteris casibus, in quibus caducitas ob cōmissum incurritur; & ita cōmuniter supponere videntur Doctores. Itaque generaliter resolvimus, incidenté in cōmissum amittere ipso jure Emphyteusim ante omnem sententiam, quāvis non diffiteamur, rem hanc esse disputabilem in utramque partem: Nec deesse qui tueantur, hanc pœnam non incurri ipso jure. Ita enim, relatis alijs, sentit Gabr. Pereira *decis.* 119. *n.* 7. *&* 8. idque etiam spectato jure Lusitano *loco sup. citato.* Ratio nostræ resolutionis juxta aliquos DD. est, quia contractus Emphyteuticus intelligitur celebratus sub ea lege, & conditione, ut si Emphyteuta rem, inconsulto domino, alienaverit, vel cessaverit per triennium à solvenda pēsione, aut quidpiam aliud fecerit ex ijs, propter quæ præcedētibus sectionibus diximus incidere in cōmissum, eo ipso concessio finiatur, & cōtractus resolvatur. At hæc ratio non est admodū solida, ut ex infra dicendis cōstabit. Vnde potius ducor eo fundamento, quod ubi leges pœnā caducitatis imponunt, satis declarant eam imponi ipso facto, neq; opus esse sententia condemnatoria.

Intelligenda tamen est tradita resolutio, dummodo ipse dominus velit & declaret, quod vult, ut Emphyteuta 67

eam pœnam incurrat. Ita sumitur ex *dicta l. 2. Cod. de jure Emphyt.* ibi, *volenti ei licere eum à prædijs Emphyteuticarijs repellere*; & infra, *si dominus voluerit*; & ex Ordin. Lusit. *dicto tit. 38. §. 1. & tit. 39. in principio*, ibi, *se o quizer*; & notant communiter Doctores, Julius Clarus referens Bartholum, & alios *dicta quæst. 9.* Gama *decis. 41. num. 2.* Caldas *dicto cap. 17. de extinctione n. 4. & 16. & cap. 18. n. 3.* Barbosa *in l. divortio, 8. in princip. 2. p. n. 19. ff. solut. matrim.* Fragos. *dicto §. 2. num. 2.* Molina *disp. 453. num. 2. & disp. 455. num. 4.* & sæpe alibi, Azor *d. quæst. 2.* & multi alij, quos referunt, estque communissima sententia Ratio est, quia dicta pœna commissi inducta fuit in favorem, & utilitatem ipsius domini: & sæpe illi noxium esse potest Emphyteusim extingui: ne igitur beneficium conferatur inuito, contra regulam, *inuito, ff. de regul. juris*: & ne quod ob favorem concessum est, in dispendium vertatur, contra regulam *quod ob gratiam, de regulis juris, in 6.* merito constitutum est, ut antequã dominus declaret, se velle exequi pœnam commissi, talis pœna non incurratur.

68 Et hinc est, quod nemo, præter ipsum dominum, potest commissum, & caducitatem objicere, ut citatis multis notat Caldas *citato cap. 17. de extinctione, num. 16. & cap. 18. num. 12.* & Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit, de locato, num. 139.* & relatis pluribus, Fragos. *supra numer. 7.* quia cùm talis caducitas pendeat à voluntate domini, ad illum tantum spectat eam allegare. Quod generale esse resolvit Bartholus apud eundem Caldas, statuens neminem posse opponere de jure tertij, etiam cum ipso facto inductum est, quando tale jus pendet à voluntate illius tertij, licet oppositum dicendum sit, quando ipso jure inducitur privatio citra alicujus favorem, cujus voluntas spectanda sit, ut apud eundem Caldas tradit Tiraquelus *in l. si unquam, verbo, revertatur, num. 358.* Notat autem Barbosa *supra*, cum Surdo, quem refert, quòd declarata caducitate à domino, quilibet potest illam opponere. Notat præterea Caldas *dicto cap. 17. n. 17.* cum Speculatore, & Iasone, non requiri declarationem domini, ut Emphyteusis extinguatur ob finitam generationem; quia tunc extinctio Emphyteusis, & consolidatio cum dominio directo est est absoluta, nec pendet à voluntate domini.

Ex dictis colligit Molina *disput. 455. numer. 4.* quem sequitur Fragos. *sup. n. 5. & 6.* Emphyteutam, qui incidit in commissum, percipere posse, atque efficere suos, fructus omnes rei Emphyteuticæ, quãdiu dominus non tentat exequi pœnam cõmissi, & solum teneri restituere, quos perceperit, postquam dominus ei præceperit, ut rem dimittat; siquidem antequam dominus ei declaret, se velle, ut pœnam cõmissi incurrat, non amittit Emphyteusim, & consequenter neque jus percipiendi, & retinendi fructus illius. Et hanc sententiam sequuntur aliqui apud Cald. *de extinct. cap. 18. num. 9.* Cæterùm ipse Caldas multò plures Doctores pro contraria refert *n. 8.* & ab ea tanquam communi recedendum non esse affirmat *d. n. 9.* Eandem relatis alijs tradunt Doctor Petr. Barbosa *in l. divortio, 8. in princ. n. 20. ff. soluto matrimon.* & Augustinus Barbosa *in collect. ad c. potuit, de locato, num. 136.* Illam etiam supponit Valasc. *de jure Emphyt. q. 25. num. 4.* quatenus docet, si Emphyteuta fecit expensas in re Emphyteutica, quarum cõpensatio ei debeatur, compensandas esse ex fructibus, quos percepit à puncto, quo in commissum incidit. Et hæc secunda sententia mihi videtur probabilior; quia Emphyteuta incidens in commissum amittit ipso jure Emphyteusim, & licet non incurrat hanc pœnam, nisi dependenter

ter à dicta declaratione domini, tanquam conditione, attamen posita tali declaratione, retrotrahitur incursio ad punctum, quo ille in commissum incidit; quemadmodum licet pœna privationis bonorum posita ipso jure propter aliquod crimen pendeat à sententia declaratoria; tamen, posita sententia, retrotrahitur ad punctum cōmissi criminis, ut hodie apud fere omnes est indubitatum. Eadem autem est ratio in præsenti. Et ita etiam relatis alijs sentit Gabriel Pereira *dicta decis.* 119. *n.* 15. stando in sententia, quam sequimur, quod dicta pœna commissi incurritur ipso jure.

70 Secunda quæstio, utrùm finita prædicto modo Emphyteusi, propter commissum, possit dominus authoritate propria expellere Emphyteutam? Disputat latissimè hac de re Caldas *de extinctione*, *c.* 17. *à num.* 18. ubi pro parte affirmativa plures allegat Doctores, & *num.* 20. hanc sententiam dicit communem, & in foro tenendam propter Doctorum authoritatem. Eandem tenet Glossa *in l.* 2. *Cod. de jure Emphyteutico, verbo, repellere*, & ibi Iason *n.* 126. Glossa *in capit. potuit, de locato, verbo, expelli*, Decius dicens esse communem, *consil.* 146. *num.* 7. Julius Clarus *dicto* §. *Emphyteusis*, *q.* 11. ubi testatur esse magis communem, Valascus *de jure Emphyt. quæst.* 18. *n.* 8. *&* 9. dicens esse magis receptam, Molina *disp.* 453. *num.* 23. qui affirmat esse communem, & plures alij, quos referunt. Fundamentum est, quia, ubi Emphyteusis finitur, continuò Emphyteuta aut desinit possidere naturaliter, quod possessio civilis domini ad se trahat naturalem, ut multi censent; vel quia, licet non desinat possidere, ut idem Valascus sentit, tamen censetur ex tunc possessor clandestinus, qui dominum turbat in sua possessione civili, quem dominus juxta doctrinam Bartholi *in l.* 1. §. *interdum*, *num.* 3. *ff. uti possidetis*, & aliorum, quos citat Valascus *supra*, potest in continenti expellere propria authoritate, sicut possessorem violentum, quem expelli posse à domino authoritate propria, constat *ex l.* 1. §. *vim vi, & l.* 3. §. *cum igitur*, *ff. de vi, & vi armata.* Diciturque in continenti juxta eundem Bartholum, quousque vitiosus possessor rem dimittat. Accedit, quod *in d. l.* 2. *Cod. de jure Emphyt.* satis apertè hæc licentia domino conceditur, ibi, *licere ei repellere eum à prædijs Emphyteuticarijs.*

Monent autem hujus sententiæ Authores, consultius semper facturum dominum, si judicis authoritate utatur. Item censent multi apud Caldas, *d. cap.* 17. *n.* 44. & Mol. *supra.*, ubi dominus semel judicem adierit, non posse postea propria authoritate uti, quod Caldas intelligit, nisi protestetur, quod illum adit, salvo suo jure ingrediendi propria authoritate, vel ut idem Doctor addit *n.* 45. nisi dominus judicem adeat, ut sibi auxilium præstet, quo sine scandalo detentorem expellat. Præterea notant multi, inter quos Greg. Lop. *l.* 28. *tit.* 8. *part.* 5. *verbo, sin mandado*, & Gama *decis.* 4. *n.* 2. prædictam resolutionem principalem procedere, nisi Emphyteuta se defendente, res efficiatur, & appareat dubia, ut quia dicit se non cecidisse à jure suo, allegando aliquam excusationem. Nam tunc judicis sententia opus est, ne dominus in causa propria sibi jus dicat. Addo tandem, prædicta omnia non solum procedere, quando Emphyteusis finita est propter cōmissum; sed etiam quando ob finitam generationē, vel aliam causam expiravit, ut nominatim declarant Valasc. Gama, & Caldas *locis cit.* eademque est mens cæterorum. 71

Prædictis tamen non obstantibus, contrariam sententiam, quod scilicet non liceat domino expellere propria authoritate Emphyteutā, qui incidit in cōmissum, tenent nō pauci, quos citat Caldas *dicto cap.* 17. *num.* 23. & 72

sequitur *à num.* 21. Tenent præterea Sylvester *verbo*, *Emphyteusis*, *num.* 3. *vers. septimo, & num.* 11. *vers. quarto*, Angelus *verbo*, *Emphyteusis*, *num.* 42. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordin. regiam, lib.* 4. *tit.* 38. §. 1. *num.* 4. Rebellus 2. *p. lib.* 13. *quæst.* 12. *num.* 1. & alij. Inter quos latissimè hanc sententiam tuetur Brittus *in cap. potuit*, §. 4. *num.* 21. *post medium*, & *n.* 22. & 23. & Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 1. *n.* 3. & 4. Moventur, tum quia alioqui sequentur scandala, & rixæ: tum maximè, quia, licet per commissum amittat Emphyteuta ipso jure titulum, & omne jus, quod in re habebat, tamen non amittit possessioné naturalé, neque ista domino acquiritur antequam rem apprehendat: quandiu autem aliquis rem possidet, etiam si possideat injustè, non potest expelli privata authoritate; imo neque per judicem, absque cognitione causæ, citra vitium spolij, & civilem obligationem restitutionis, juxta vulgares regulas juris. Notat verò Cald. *n.* 37. hanc opinionem non procedere, quando Emphyteusis extincta est ob finitam generationem. Nescio tamen, an satis consequenter. Illum vide. Hæc secunda sententia non caret probabilitate: sed tamen prior, ut simpliciter cõmunis, & probabilior tenenda est cum moderationibus adhibitis. Ex cujus fundamentis facilis est responsio ad rationes, quibus hæc nititur.

73 Tertia quæstio, quandiu apud dominum duret jus declarandi, se velle, ut Emphyteuta, qui incidit in cõmissum, amittat Emphyteusim? Respondent Bald. *de præscript.* 2. *p.* 5. *partis princip. num.* 4. Gama *decis.* 168. *n.* 1. Caldas *de extinct. cap.* 18. *n.* 11. & 21. *in fine*, Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 2. *n.* 15. & alij, durare tantum per quinquennium, quo elapso, non posse dominum petere, ut Emphyteuta rem dimittat. Probant *ex l.* 1. *Cod. de vectigalib. & commissis*: ubi expresse habetur, non posse post quinquenniũ peti rem, quæ in cõmissum incidit. Vnde generale est jus commissi non durare post quinquennium, ut multi Doctores notant, quos refert Caldas *d. n.* 11. Advertit autem Fragos. *d. n.* 15. *vers. nihilominus*, si Emphyteuta non solvat pensionem per aliquot annos post primum quinquennium, quo contra jus commissi præscriptum est, posse dominum eum expellere ante secundum quinquennium expletum; quia pœna caducitatis sæpius cõmitti potest, *l. si sic, ff. de verbor. oblig.*

Quarta quæstio est, utrùm jus exigendi pœnam cõmissi transeat ad hæredes domini, qui dum viveret, de illa non egit? 74 Respondeo negativè ex cõmuni sententia, quam tenent Gama *decis.* 17. *n.* 3. Valascus *consult.* 71. *n.* 13. Petrus Barbosa in simili de feudo, 1. *p. l.* 2. *in principio, ff. soluto matrimonio, num.* 134. *vers. sed id ex supradictis, juncto num.* 135. *vers. & pari ratione*, Caldas *de extinct. d. cap.* 18. *à num.* 13. *usque ad* 15. ubi alios refert, Gigas *de pensionibus quæst.* 74. *num.* 3. Emmanuel Barbosa *in remiss. ad Ordinationem regiam, lib.* 4. *tit.* 39. *in principio, num.* 22. Augustinus Barbosa *in collect. ad cap. potuit, de locato, num.* 122. Barbos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 2. *sub n.* 7. *vers. unde sequitur*, ubi alios citat, Gabriel Pereira *dicta decis.* 119. *num.* 8. & 10. & alij. Ratio est, quia Emphyteuta incidens in cõmissum non amittit Emphyteusim, nisi declarante domino, se velle, ut eam ob talem causam amittat: cùm autem dominus non declaraverit, se id velle, censetur cõmissum remisisse; & sic jam non possunt ejus hæredes illam pœnam exigere. Confirmatur *ex l. finali, Cod. de revocandis donationibus*, ubi potestas revocandi donationem ob ingratitudinem donatarij, non transit ad successores donantis, si donans siluit, dum viveret: eadem autem est ratio de potestate auferendi rem ab Emphyteuta ob commissum adversus dominum.

Limitanda verò est tradita resolutio, 75 ut

ut non procedat; quando dominus ignoravit, perpetratum esse commissum, aut si scivit, non potuit agere, ut bene notarunt Doctor Pet. Barbosa *ubi sup.* Caldas referens plurimos *d. cap.* 18. *n.* 27. Gabr. Pereira *d. n.* 8. & 11. & cum multis alijs Fragos. *d.* §. 2. *n.* 8. quia in hoc casu cessat presumptio, quod dominus tacens voluerit remittere jus commissi. Non enim censetur quis remittere culpam, quam ignorat, vel cujus pœnam propter aliquod impedimentum exigere non potest. Additque Caldas cum alijs, *num.* 28. in dubio præsumi ignorantiam in domino, ex regula *l. verius*, *ff. de probationibus*, quam Glossa ibi ex alijs juribus confirmat, Molina *disput.* 453. *num.* 20. credit solùm quando fuerint conjecturæ, quod defunctus noluerit exequi pœnam commissi, non posse ejus hæredes ad eam procedere: secus autem, quando tales conjecturæ defuerint. Hoc tamen satis ex supradictis confunditur, cum hoc ipso, quod dominus scienter de commisso non egit in tota vita sua, cùm posset, illud remisisse censeatur, ut probatum est, quamvis nullæ aliæ hujus remissionis sint conjecturæ. Illud potius admitterem, si sint conjecturę, quod dominus voluit exequi pœnam commissi, tunc posse illius hæredes illam exigere.

76 Aliam limitationem ponit Gabriel Pereira *dicta decis.* 119. *num.* 11. quæ non videtur improbabilis, ut scilicet prædicta cōmunis resolutio non procedat, quando caducitas incursa est propter venditionem rei Emphyteuticæ absque consensu domini. Quia in alienatione datur quædam successiva contraventio, quatenus semper Emphyteusis manet alienata, etiam post mortem domini, cujus consensus requirendus fuerat: & ideo licet ipse dominus novisset alienationem esse factam, si eam non approbavit, aut emptorem non laudavit, poterit ejus hæres pro commisso agere, & rem sibi recuperare. Limitat denique prædictam resolutionem Augustinus Barbosa *in dicto cap. potuit, de locato, num.* 123. nisi in contractu apposita esset clausula, ut caducitas ipso jure, & facto incurreretur: tunc enim ait posse caducitatem declarari per hæredes, & contra hæredes, & successores. Pluresque Doctores pro hac limitatione refert. Quæ quidem mihi etiam placet, & ex dicendis *num.* 83. ejus fundamentum constabit.

Quinta quęstio; utrùm quando dominus non egit de commisso adversus committentem, agere possit adversus ejus hæredes, vel successores, cogendo illos, ut rem dimittant propter culpam prædecessoris? Affirmat absolutè Molina *dicta disp.* 453. *n.* 21. post Iserniam, Afflictis, & Bursatum, quos refert Doctor Petrus Barbosa, 1. *p. l.* 2. *in principio*, *n.* 138. *ff. soluto matrimonio.* Ducitur ea ratione, quod extinctio Emphyteusis propter commissum non sit propriè pœna, sed esse finitum contractum ex dispositione juris, ob conditionem non servatam, quamvis dependenter à voluntate domini: unde ubi dominus declaraverit, se velle, ut contractus ob eam causam finitus sit, nihil obstabit esse jam mortuum committentem, quominus Emphyteusis maneat extincta, & adversus successores committentis agi possit, ut rem dimittant. Plura fundamenta pro hac sententia adducit Gabriel Pereira *dicta decis.* 119. *num.* 13. ipseque videtur eam magis probare, præsertim pro hoc regno, cujus usu, & stylo inspecto, asserit indubitanter resolvendum esse, caducitatem à patre incursam nocere filio, seu hæredi, quod in omni concessione Emphyteutica reperiatur pactio, ut res committatur: pactio autem ad hæredes, & contra hæredes transeat. 77

Contraria nihilominus sententia est cōmunis, quam sequuntur Valasc. 78

consult. 71. *n.* 14. Gama *decis.* 17. *num.* 2. *& decis.* 83. *n.* 3. ubi affirmat, ita quotidie practicari, *& decis.* 175. *n.* 1. dicens hanc opinionem solere approbari à Senatu tanquam veriorem, & magis communem, Doctor Pet. Barb. *d.* 1. *p. l.* 2. *in princ. ff. solut. mat. n.* 136. Cald. *de extinct. c.* 18. *n.* 29. Gabr. Per. *decis.* 26. *n.* 9. August. Barb. *in collect. ad c. potuit, de locato, n.* 85. Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 2. *n.* 9. *&* 10. & plures alij, quos referunt, qui omnes conveniunt, quando dictus dominus ante mortem committentis scivit, Emphyteutam incidisse in commissum, & tacuit, non posse eo mortuo agere adversus ejus successores; cum eo ipso, quod tacuit, commissum remisisse censeatur. Ad quod facit *l. his solis*, 7. *Cod. de revocand. donat. vers. actionem verò*, ubi actio revocandi donationem causa ingratitudinis tam hæredi, quàm contra hæredem denegatur. Quod videtur fundari in præsumptione remissionis, eo quod donans tacuerit, dum ipse, vel donatarius vixit, ut apparet ex dictis pro præcedenti quæstione.

79 An autem idem dicendum sit, quando dominus, vivente Emphyteuta, ignoravit eum incidisse in cõmissum? Variant prædicti Doctores. Quidam enim affirmant, ut Petrus Barbosa cum alijs, quos refert *ante d. n.* 136. & Frag. *ubi supra.* Et idem, licet non adeò expresse, tenent Valascus, & Gama *locis citatis*, quatenus absolutè affirmant, actionem ex causa cõmissi non transire contra successores committentis, si dominus adversus eum non egit, ex illo generali fundamento, quod actio ad pœnam delicti non datur adversus hæredes delinquentis, cum quo lis contestata non fuit, per regulam *l. unicæ, Cod. ex delictis defunctorum.* Quæ regula procedit, sive scienter, sive ex ignorantia, quod delictum esset commissum, actum non fuerit cõtra delinquẽtem. Quod si opponas, dictam regulam non procedere, quando pœna incurritur ipso jure; & sic non habere locum in pœna commissi, quæ ipso jure incurritur? Respondet Petrus Barbosa *d. n.* 136. licet pœna commissi sit ipso jure imposita, attamẽ non incurri ipso jure, nisi postquam dominus declaraverit se velle, ut illa incurratur: quare si ante talem declarationem committens moriatur, locum habere regulam *d. l. unica*, ex qua denegatur actio ad pœnam contra hæredes delinquentis, cum quo lis non fuit contestata, si pœna solùm in potentia, non verò in actu, & effectualiter ab eo fuerit incursa, antequam moreretur.

Alij verò, quibus accedo, oppositum sentiunt, scilicet, quando dominus commissum ignoravit, dum committens vixit, posse eo mortuo agere adversus ejus successorem. Ita cum alijs sentit Caldas *d. cap.* 18. *num.* 31. *& seqq.* Gabriel Pereira *d. decis.* 26. *num.* 9. & August. Barbosa *ubi supra*, pluresque alij, quos refert Petrus Barbosa, *sup. ante dictum num.* 136. Nititur Caldas, & Gabriel Pereira eo fundamento, quod pœna cõmissi non exigitur actione ex delicto, quę sola juxta regulam *dict. l. unica*, non transit contra hæredes cõmittentis, cum quo lis non fuit contestata, sed ex contractu actione in rem, quæ actio sequitur quemcunque possessorem, ut idem Cald. prosequitur *n.* 32. Hoc tamen fundamentum facilè refellitur à Barbosa, *supra, num.* 138. quia licet ex vi contractus teneatur Emphyteuta præstare id, propter quod non præstitum incidit in pœnam commissi, ut solvere pensionem, non vendere rem inconsulto domino; attamen in eam pœnam incidit ex dispositione legis, quæ illam propter dictam culpã imponit, non verò ex contractu. Et ita cessat fundamentum illorum Doctorũ. Quod, si subsisteret, planè cõcluderet, dicendum indistinctè fore actionem ad pœnam commissi transire ad hæredes, & contra hæredes, sive dominus commissum ignorasset, sive non, quod præ-

præfati Doctores non admittunt.

81 Fundamentum ergo, quo ducor ad hanc sententiam magis probandã, est, quia, ut jam supra contra adversarios objiciebatur, pœna commissi imponitur, & incurritur ipso jure: actio autem ad pœnam ipso facto, seu ipso jure impositam transit contra hæredes delinquentis, ex communi sententia, & praxi, ut patet in pœna confiscationis bonorum propter crimẽ læsæ maiestatis, quæ quoniam ipso jure imponitur, & incurritur, ad hæredes transit, & ab eis exigitur. Neque satisfacit, quod Petr. Barbosa respondet, pœnam commissi, licet ipso jure sit imposita, non incurri, nisi post declarationem domini; & ita si committens decessit, antequam dominus declarasset se velle eam exequi, censendam non esse pro tempore, quo cõmittens vixit, tanquam impositam ipso jure; sed tanquam postea imponẽdam, & incurrendam, in qua procedit dicta regula *l. unica, Cod. ex delictis defunctorum.* Ad hoc enim dico, prout aliàs cum Valasco, Caldas, & aliis dixi *in hac ipsa sect. sub quæst.* 1. *n.* 69. nimirũ, quod quamvis pœna cõmissi imposita ipso jure non incurratur, nisi depẽdenter à declaratione domini; attamen posita tali declaratione, retrotrahitur ad tempus commissi perpetrati, & consequenter ita potest agi adversus ipsum committentem, vel ejus hæredes, ac si illa statim, ubi cõmissum est perpetratum, absolutè, & independenter ab aliquo futuro eventu, fuisset incursa, ad eum scilicet modum, quo pœna privationis bonorum ipso jure imposita, licet requirat sententiam declaratoriã, ut actu, & effectualiter incurratur, tamen posita tali sententia, ita retrotrahitur ad tempus commissi criminis, ac si ex tunc delinquens esset re ipsa privatus dominio bonorum, ut bene post alios explicat Soar. *lib.* 5. *de legibus, cap.* 8. *n.* 3. & 6.

82 Itaque in præsenti quæstione resolvimus, si dominus, vivente Emphyteuta, ignoravit commissum ab eo perpetratum, posse agere adversus ejus hæredes, ut Emphyteusim dimittant: secus autem, si commissum non ignoravit; quia in hoc secundo casu censetur dominus remisisse culpam committenti, contra quem non egit, cùm posset; & maxime, quia hæc est cõmunis sententia, quam melioris notæ Doctores sequuntur, & praxis hujus regni jam diu recepit. Neque in contrarium urget fundamentum, quo Molina pro prima sententia principali allegatus indistinctè asseruit, actionem ad pœnã cõmissi transire contra hæredes committentis; quia respondetur negando, extinctionem Emphyteusis propter commissum non esse pœnam impositã propter culpam: contrarium enim supponunt communiter Doctores, & patet satis ex superioribus, ubi non semel vidimus excusari à commisso Emphyteutam, qui ex ignorãtia, vel simili causa culpam tollente, in aliquo defecit. Quo supposito, cùm ex taciturnitate domini scientis perpetratum esse commissum, inducatur præsumptio, quod eam culpam remisit; vel certè, quod noluit committentem tractare, quasi ab eo offensus esset, consequens est, ut etiam pœnam commissi remisisse censeatur; & sic quod non possit eam exigere à successoribus, cum quibus æquũ non est, ut durius agat, quam cum eo, qui peccavit.

Bene autem monet Petrus Barbos. *d. l.* 2. 1. *p. in princip. n.* 137. *ff. soluto matrimonio*, si quis velit pœnam commissi transire ad hæredes delinquentis, ea utatur cautela, ut eam pœnam deducat in cõventionẽ, exprimendo in contractu Emphyteutico, ut si Emphyteuta non præstet eã, ad quæ sub pœna cõmissi obligatur, ipso facto Emphyteusim amittat. Nam tunc indistinctè illa pœna ad hæredes transibit, juxta communem sententiam, pro qua plures Doctores refert idem Barbosa, quia tunc ea pœna magis videtur debita ex 83

conventione, quam ex delicto, & sic procedit illa alia regula *l. unica, Cod. ut actiones ab hærede, & contra hæredem, & l. ex depositi, ff. de action. & obligat.* & similium, ex quibus habetur, actionem ex contractu dari hæredibus, & contra hæredes. Quod verò Gabriel Pereira asserit *decis.* 119. *n.* 13. juxta usum, & stylum hujus regni in omni concessione Emphyteutica reperiri hujusmodi pactionem, verum non est; vidi enim plures scripturas contractus Emphyteutici, in quibus talis pactio non habebatur. Vnde, cùm casus occurrerit, inspicienda est scriptura contractus: & si quidem ejusmodi pactio in ea fuerit reperta, tunc actio ad pœnam commissi indistinctè ad hæredes, & contra hæredes transibit, utpote magis debita ex conventione, quam ex delicto.

84 Vtrùm quando non competit actio ad pœnam commissi contra hæredem committentis, competat saltem exceptio, ita ut dominus possit per exceptionem repellere hæredem Emphyteusim petentem? Affirmant cum aliis Barbosa *supra, n.* 135. & Caldas *d. cap.* 18. *in fine.* At magis placet contraria sententia, quam probat Gabriel Pereira *decis.* 26. *n.* 9. quamvis *d. decis.* 119. *n.* 14. priorem sententiā affirmativam amplectatur.

85 Quæstionibus præcedentibus affinis est illa, utrùm Emphyteuta incidens in commissum, non sibi tantum noceat, sed etiam successoribus, seu iis, ad quos Emphyteusis aliàs ventura erat; ità ut eam petere non possint, si dominus ex causa commissi delinquentes expellat? Sed jam huic quæstioni satisfecimus *disp.* 5. *sect.* 3. §. 5 ubi eam affirmativè resolvimus cum communi sententia, nisi dolose, & animo fraudandi successores commissum fuerit à possessore perpetratum.

86 Sexta quæstio, utrùm maritus sine uxoris consensu possit remittere commissum? Respondetur affirmativè cum Caldas *de extinct. cap.* 12. *n.* 10. Quia maritus habet administrationem bonorum, etiam ad ipsam uxorem spectantium, paraphernalibus tantùm interdum exceptis: administrator autem præjudicare potest in acquirendis, ut fit per remissionem commissi, maximè ubi præjudicium est leve, ut esse solet in præsenti, cum remissa pœna commissi, retineantur omnia jura dominicalia, quæ sæpissime tantundem valent. Vnde hac ratione etiam tutor minoris, & Prælatus Ecclesiæ remittere possūt cōmissum, in quod incidit Emphyteuta minoris, vel Ecclesiæ, cujus bona administrant, ut notat idem Caldas *sup. & cap.* 14. *n.* 27. Qui tamen num. sequenti advertit posse minorem, & Ecclesiam restitui adversus ea, quæ tutor, vel Prælatus neglexerunt acquirere; quo innuit posse restitui adversus remissionem commissi factam à tutore, vel Prælato, si ratione illius aliquam læsionem sentiunt, ut quia pluris ipsorum intererat commissum non remitti. Cęterùm quod de prælato dictum est, posse ab eo commissum remitti non ita indistinctè admittit Brittos *in cap. potuit*, §. 3. *n.* 4. *de locato*, & nonnulli id simpliciter negant apud Fragos. *tomo* 3. *disp.* 10. §. 2. *num.* 11. ipse tamen veriùs putat, posse prælatum remittere commissum indistinctè; Ecclesiam autem habere restitutionem, si se læsam sentiat: & alios pro hac sentētia adducit.

Septima quæstio est circa causam excusantem à commisso in generali acceptam, qualis nimirum causa sufficiat ad ejusmodi excusationem inducendam? Respondetur sufficere quamlibet causam etiam coloratam. Ita Gama *decis.* 242. *n.* 3. *& decis.* 268. *num.* 2. Valascus *consult.* 71. *n.* 14. *fine*, Rebel. *lib.* 13. *q.* 4. *n.* 7. & Reynosus *observ.* 59. *n.* 20. ubi pro eadem sententia refert Corbulum *de privat. Emphyteusis ob non solutum canonem*, *caus.* 15. *limitat.* 17. *n.* 2. Probatur, quia quælibet causa colorata 87

lorata excusat à pœna, ut sumitur *ex l. igitur, vers. & generaliter, ff. de liberali causa*, ibi, *quoties quis justis rationibus ductus, vel non justis, sine calliditate tamen*; & notat Glossa *in l. 1. verbo, justis rationibus, ff. de abigeis*, Iason, & Alexander apud Gamam *d. dec. 268. n. 2.* Facit quod monet Baldus *consil. 429. n. 2. lib. 1.* asserens agendum esse benignè cum feudatarijs, quod origo feudi sit quædam benignitas, & gratiositas: eadem autem est ratio de Emphyteutis. Ex hoc generali principio multa in praxi utilia inferuntur, ut quod excusabitur à commisso, qui rem Emphyteuticam vendidit inconsulto domino, vel non solvit pensionem aliquibus annis, cum merito dubitaret, an res vel contractus, ex quo tenebatur, esset Emphyteuticus, vel potius censualis, licet tandem probatum fuerit esse Emphyteuticum, ut tenet, & judicatum refert Gama *decis. 91. n. 3.*

SECTIO SEXTA.

Ad quem spectent fructus pendentes rei Emphyteuticæ, quando Emphyteusis finitur?

SVb hac quæstione tres potissimum casus à Doctoribus distinguuntur, ac separatim agitari solent, quos hîc etiam singillatim expediemus. Primus est, quando Emphyteusis finitur, & revertitur ad dominum per mortem ultimi Emphyteutæ, ut quia in eo sunt finitæ generationes, pro quibus erat concessa, vel non superest alius, ad quem juxta investituram devenire debeat. Secundus est, quando Emphyteusis finitur, seu amittitur, per cõmissum. Tertius, quando mortuo Emphyteuta, non regreditur Emphyteusis ad dominũ, sed transit in sequentem vocatum. In quibus omnibus dubitari solet, an fructus rei Emphyteuticæ tunc temporis pendentes pertineant ad ipsum Emphyteutam, & ejus hæredes; vel potius ad dominum, vel alium, in quem Emphyteusis transit?

Ad quem pertineant dicti fructus, quando Emphyteusis revertitur ad dominum per mortem Emphyteutæ?

§. I.

SUMMARIUM.

Debere in hoc casu fructus pendentes rei Emphyteuticæ dividi inter dominum, & hæredes Emphyteutæ defuncti pro rata temporis, ex quo Emphyteuta illo anno cœpit fundum colere, nonnulli sentiunt: & quibus fundamentis. n. 88.

Verior tamen sententia est, eos fructus pertinere in solidum ad dominum. num. 89.

Quando ususfructus extinguitur, pertinent omnino fructus tunc temporis pendentes ad proprietarium. n. 90.

Fructus pendentes transeunt cum re in eum, in quem ipsa transit. n. 91.

Fructus fundi dotalis pendentes, quando matrimonium separatur, dividuntur inter maritum, & uxorem pro rata temporis, quo maritus onera matrimonij sustinuit. Et idem est de fructibus jam per ipsum maritum collectis. n. 92.

Non tantùm fructus naturales, sed etiam industriales pendentes, quando feudum, vel Emphyteusis finitur, pertinent ad dominum: solvi tamen debent hæredibus feudatarij, vel Emphyteutæ sumptus, quos in seminando, & excolendo fundo impendit. n. 93.

Quod dicitur in fructibus non solùm attendi tempus, quo percipiuntur, sed etiam quo curantur; solùm procedit in causa dotis. n. 94.

Si ultimus Emphyteuta fundum locaverat,

venat, & receptis pensionibus mortuus est, antequam fructus essent percepti, pertinent ipsi fructus, vel pensiones, ad dominum, ad quem Emphyteusis regressa est. Et ad quid teneatur hæres Emphyteutæ, qui pensiones receperat? n. 95.

Pensiones subrogantur loco fructuum, ratione quorum perceptorum, vel percipiendorum solutæ sunt. ibid.

Si hæres ultimi Emphyteutæ retineat rem Emphyteuticam, donec sibi solvantur melioramenta ad se spectantia, & interim percipiat fructus, qui erant pendentes, quando Emphyteusis finita est, tenetur compensare cum illis ipsa melioramenta. n. 96.

Vtrùm id procedat, etiam in fructibus, qui respondent talibus melioramentis? n. 97. & seq.

88 QUod attinet ad primum casum, quando Emphyteusis per mortem ultimi Emphyteutæ ad dominum revertitur, nonnulli sentiunt, debere fructus pendentes dividi inter dominum, & hæredes Emphyteutæ pro rata temporis illius anni, incipiendo computationem anni à tempore, quo Emphyteuta cœpit colere, & curare fundum. Hanc sententiam existimat veriorem Socin. *in l. divortio, 8. in princip. n. 8. ff. solut. matr.* sequitur Tiraquel. *lib. 2. retract. §. 5. gloss. 4. n. 2.* & Molina *lib. 3. de primogen. c. 11. n. 7.* Suadetur primò, argum. *tex. in d. l. divortio, in princip. & tex. in l. fructus, 7. & in l. si alienam, ff. solut. matrim. cum simil.* quibus habetur fructus fundi dotalis pendentes, quando matrimonium separatur, dividendos esse prædicto modo inter maritum, & uxorem, ut scilicet pro rata anni, quo maritus sustinuit onera matrimonij, fructus ad maritum pertineant, & reliquum debeat restitui uxori. Secundò, quia iniquum esset, si Emphyteuta, qui toto fermè anno in excolendo fundo laboravit, fructibus ejusdem anni omnino privaretur. Quo eodem argumento Isernia *c. 1. §. his consequenter; n. 20. ad mediam, tit. hic finitur lex*, concludit, si feudatarius decessit pendentibus fructibus industrialibus, hos ad illum pertinere pro ea parte temporis, qua vixit, cùm habens utile dominium fundum coluerit, & servitia domino exhibuerit. Tertiò denique, quia fructus industriales videntur percipi toto tempore, quo curantur; ut *per tex. in d. l. divortio, §. non solum*, tenent Isernia *ubi sup.* Socin. *in l. qui Romæ, in princ. n. 22. ff. de verb. oblig.* & Avendan. *respons. 5. n. 2.* Ergo quemadmodum fructus industriales jam percepti spectant ad Emphyteutã, vel ejus hæredes, ita etiam spectant pendentes, ut respondent tempori, quo Emphyteuta eos curavit, cum pro perceptis habeantur.

Verior nihilominus sententia est, dictos fructus in casu proposito spectare in solidum ad dominum. Ita sentiunt Barbosa *in d. l. divortio, 8. in princip. 2. p. n. 19. ff. solut. matr.* Valasc. *de partition. c. 31. n. 7.* & Fragos. *tom. 3. disp. 12. §. 1. sub num. 1. vers. sed pensiones.* Quibus in simili consonant Carolus Molin. *in consuetud. Burgun. tit. 1. §. 1. gloss. 8. num. 11.* Covar. *lib. 1. var. resol. cap. 15. num. 14.* Gama *decis. 350. num. 2.* & alij, dum asserunt, quod quando feudum ad dominum revertitur, omnes fructus pendentes ad ipsum dominum spectant, *juxta tex. in d. §. his consequenter*, in secunda opinione ibidem relata, quam dicunt magis æquam, & in praxi sequendam, rejecta prima asserente, si feudum vacet per mortem vassalli post Kalendas Martij, & ante finem Augusti, pertinere dictos fructus ad hæredes vassalli defuncti; si autem vacet alio tempore, pertinere ad dominum: præterquam ubi moribus regionis recepta fuerit. 89

Fundamentum est primò, quia Emphyteuta regulari debet instar fructuarij, ut sentit Speculat. *tit. de Emphyt. n. 19.* validumque est argumentum de fructuario ad Emphyteutam, ut tradit 90

Iason

Iason *in l. 2. n. 18. Cod. de jure Emphyt. & in prælud. feud. num. 18.* Dec. *Anth. qui rem, num. 5. Cod. de sacrof. Eccles.* fructus autem pendentes, quãdo usufructus extinguitur, seu fructuarius moritur, non pertinent ad ipsum fructuarium, vel ejus hæredes, sed ad dominum proprietatis, cum qua usufructus consolidatur, ut probat textus *in §. is vero, Inst. de rerum divis. & in l. defuncta, 95. ff. de usufructu*, estque recepta conclusio, ut notat Barbosa *ubi supra*, ex Cavalcante *tract. de usufructu mulieri relicto, n. 224.* Nec satisfacit Socin. *loco cit.* pro priori sententia dicens, Emphyteutam plus juris habere in re, quam fructuarium, & ideo non valere argumentum à fructuario ad Emphyteutam. Nam bene ad hoc replicat Barbosa *d. n. 19.* & Valascus *d. c. 31. n. 2.* in præsenti casu esse argumentum validum, quia eadem utrobique est ratio; siquidem propterea finito usufructu pendentes fructus pertinent ad dominum, quia usufructus consolidatur cum proprietate, *d. §. is vero, Inst. de rerum divis.* Quæ ratio pari modo militat in Emphyteusi; cum ea finita, utile dominium, quod ad Emphyteutam spectabat, cum proprietate consolidetur, ut in hac materia est notissimum.

91 Secundo, & à priori, quia fructus pendentes censentur pars rei, *l. fructus pendentes, 45. ff. de rei vendic.* ac proinde solent pertinere ad eum, in quem ipsa res transit, *l. si quis sciens, 11.* & ibi Bald. *in princip. C. de rei vendic. d. §. is vero, Inst. de rer. divis.* Igitur cum finita Emphyteusi, nullum rei Emphyteuticæ dominium remaneat penes Emphyteutam, vel ejus hæredes sed totum sit penes dominũ, qui exinde jam non habet solum dominiũ directum, sed etiam utile, quod antea erat penes Emphyteutã, consequens est, ut ad illum etiam in solidũ pertineant fructus pendentes ipsius rei, & nullo modo ad Emphyteutam, vel ejus hæredes.

Nec obstant, quæ pro priori senten- 92
tia adducta sunt. Ad primum namque respondetur, non valere in præsenti argumentum, quod sumitur ex *d. l. divortio, in princip. & similib.* ubi deciditur fructus dotales pertinere ad maritũ pro rata temporis; quia hi fructus non spectant ad maritum ratione dominij, quod in fundo dotali habeat, sed ratione onerum matrimonij, quæ sustinet, ut advertit Barth. *in d. l. divortio, in princip. n. 11.* & Socin. *ibid. num 7.* Vnde quãvis maritus fructus dotales colligat, & percipiat, non facit eos suos irrevocabiliter, nisi pro rata tẽporis, quo onera matrimonij sustinuit, & reliquos debet restituere, ut constat ex eadem *l. divortio, §. interdum, & l. unica, §. cumque Cod. de rei uxoriæ actione.* Emphyteuta verò non facit fructus suos ratione onerũ, sed ratione tituli, & utilis dominij, quod in re habet, ut in simili de feudatario habetur, *c. 1. §. fin. In quibus causis feudũ amittatur.* Et ideo cum finita Emphyteusi, cesset illud dominium in Emphyteuta, nec transeat ad ejus hæredes, sed revertatur ad dominum, ad hunc etiam, & non ad Emphyteutam, vel ejus hæredes, spectant fructus pendentes; siquidem transeunt cum ipsa re, & pertinere debent ad eum, qui rei dominus est. *§. item ea, Inst. de rer. divis.*

Ad secundum respondetur, illud 93
argumentum non esse efficax. Quia in primis nihil probat quoad fructus naturales, qui scilicet absque ulla hominis industria sponte sua nascuntur: unde Isernia in eodem argumento adductus *loco ibid. citato*, non negat, imo expresse admittit, hos fructus pertinere in solidum ad dominum feudi, si sunt pendentes, quando feudum resolvitur. Deinde non probat etiam quoad fructus industriales. Nam quod Emphyteuta, vel feudatarius fundum excoluerit, seminaverit, &c. solum probat eos labores, & sumptus debere solvi hæredibus ipsius cultoris, juxta regulam; *l. fructus,*

fructus, 7. *ff. soluto matrim.* non autem quod debeant aliquid lucrari ex fructibus pendentibus, qui simul cum re ad dominum devolvuntur.

94 Ad tertium respondetur, licet textus in illo §. *non solum*, satis probet, quod in fructibus non solum attenditur tempus, quo percipiuntur, sed & tempus quo curantur; ita ut de eis participare debeat, qui eos curavit, licet non perceperit, ut *ibidem* declarant Paul. Castr. *n.* 2. Aretin. *eadem l. divortio, §. quod in anno, notab.* 3. & Duaren. §. *item si miles, ead. l.* & fatetur Barbosa *d. p.* 2. *n.* 8. attamen ut idem Barbosa, & Valasc. *ubi s. p. n.* 2. advertunt, debere eam decisionem restringi ad causam dotis, de qua ille textus loquitur: in qua verum est non solum attendi tempus, quo fructus percipiuntur, sed etiam quo curantur; cum in causa dotis solum respiciatur ad onera supportata per maritum, ut dictum est; extra causam verò dotis attenditur tempus, quo fructus percipiuntur, ita ut solum spectent ad eum, qui tunc temporis est dominus rei, ut satis probatum est.

95 Hinc colliges primò, si ultimus Emphyteuta fundum locavit, & statim recepit pensiones, ac postea pendentibus fructibus decessit, ipsos fructus, vel pensiones, pertinere ad dominum, ad quem Emphyteusis regressa est, tenerique hæredes Emphyteutæ refundere conductori pensiones, quas defunctus anticipatas recepit, nullo habito respectu ad tempus, quo vixit, & patientiam locationi præstitit, ut in terminis tradit Valascus *d. c.* 31. *n.* 12. & in simili Gigas *de pension. q.* 53. *fine*, ubi ex Saliceto hanc generalem rationem ponit, quod pensio licet prius soluta sit, tamen soluta est habito respectu ad fructus percipiendos; & ideo habenda est ratio, & respectus ad fructus, ut ad illum spectet pensio ante tempus soluta, ad quem spectaret tempore mortis pensionarij nondum soluta, nec exigibilis, ut sic pensio loco fructuum subrogetur. Ad hoc est textus *in dict. l. defuncta*, 15. *ff. de usufructu*, quem ad eundem sensum explicat latè Barbosa *in d. l. divortio* 8. 2. *p. in princip. sub n.* 22. & *seqq. ff. sol. matrim.*

Colliges secundò, si hæres ultimi Emphyteutæ retineat rem Emphyteuticã, donec sibi solvantur melioraméta ad se spectantia, & interim percipiat fructus, qui erant pendentes, quando Emphyteusis finita est, teneri compensare cum illis ipsa melioramenta, ita ut computentur in melioramentorum solutionem, vel totalem, vel partialem, juxta integrum valorem, quem ipsi fructus habent tempore, quo percipiuntur, deductis tantum impensis factis in eis curandis, & colligendis. Ratio patet, quia cùm hi fructus omnino pertineant ad dominum, nullus est titulus, quo hæres Emphyteutæ sibi possit eos percipere, nisi compensationis pro melioramentis, quæ dominus solvere tenetur. Confirmatur, nam dictus hæres retinens rem Emphyteuticam, & percipiens ejus fructus, postquam Emphyteusis regressa est ad dominum, habet se ut purus possessor bonæ fidei: is autem compensat meliorationes à se factas cum fructibus, quos ex re percepit *l. sumptus*, *ff. de rei vendic. l. super empti*, *Cod. de evict.* 96

Si verò quæras, utrùm prædicta locum etiam habeant in fructibus, qui respondent melioramentis in re Emphyteutica factis; ita ut finita Emphyteusi, omnes omnino fructus rei Emphyteuticæ, tam respondentes ipsi rei, quam meliorationibus in ea factis, qui tunc temporis pendent, ad dominum pertineant; & si percipiantur per hæredem ultimi Emphyteutæ retinentem rem propter meliorationes sibi solvendas, cedere debeant in earum solutionem, seu compensationem? Respondendum videtur affirmativè, juxta supra dicta; siquidem finita Emphyteusi, tam ipsa res Emphyteutica, quam meliorationes in ea factæ, quæ quidē cedunt 97

cedunt ipsi rei, cui adhærent, omnino pertinent ad dominum, tam quo ad dominium directum, quàm quo ad utile, ut tradidimus *disp. 3. sect. 2. n. 22.* fructus autem cujusque rei ad eum pertinere debent, qui dominus ejus est, *l. & ex diverso, 36. §. 1. ff. de rei vendicat. l. si quis sciens, Cod. eodem titulo, §. item ea, Inst. de rerum divis.* Quæ fuit ratio, cur supra absolute resolvimus fructus pendentes rei Emphyteuticæ, quando Emphyteusis finitur, pertinere ad dominum, nec posse percipi ab hærede Emphyteutæ, nisi in compensationem meliorationum, quæ illi solvi debeant. Et ita planè sentiunt Barbosa *in d. l. divortio, 8. §. final. 1. p. n. 49. ff. sol. matrim.* cum alijs, quos ibidem refert, & Sanch. *lib. 2. in decal. c. 23. n. 147.* dum ob prædictam rationem docent teneri possessorem bonæ fidei compensare meliorationes à se factas, non solum cum fructibus perceptis ex re principali, sed etiam cum perceptis ex ipsis meliorationibus, si tales fructus extent, vel ex illis sit factus ditior.

98 Nihilominus tamen contrarium judico probabilius, scilicet dictos fructus pendentes melioramentorum pertinere ad hæredem Emphyteutæ, neque esse cõputandos in compensationem ipsorum melioramentorum. Ducor, quia licet meliorationes cedant solo, seu rei, cui adhærent, & propterea earum dominium spectet ad dominum ipsius soli, ut prior sententia jure optimo assumit: attamen quo ad effectum ita spectant ad possessorẽ, à quo factæ sunt, ac si esset earum dominus, cum eas ita possideat, ut non nisi justo earum accepto pretio, vero domino demittere teneatur. Quamobrem ad ipsum etiam possessorem spectare debent earũ fructus, sine obligatione computandi eos in cõpensationem illarum, ne sibi ipsi quasi de suo solvat, quod naturalis æquitas non patitur. Ob quam rationẽ Valasc. *tract. de jure Emphyt. quæst. 25. n. 26.* Gama *decis. 364. num. 1. & 2.* Molina *tomo 2. de justit. disp. 463. n. 9.* & alij, quos adduximus, & sequuti sumus *supra disp. 3. sect. 2. in fine*, docent possessorem bonæ fidei, qui rem melioravit, non teneri compensare melioramenta cum fructibus perceptis ex ipsis melioramentis. Adduntque Valascus, & Gama, ita frequenter judicari in Senatu Lusitano. Vnde in casu etiam, de quo hîc loquimur, nobiscum planè sentiunt prædicti Authores, cum eadẽ utrobique sit ratio, & ferme idem casus in specie. Atque ex his patet respõsio ad fundamentum prioris sentẽtiæ.

Quid quando Emphyteusis revertitur ad dominum ob commissum Emphyteutæ?

§. II.

SVMMARIVM.

Omnes fructus, quos Emphyteuta post commissum percepit ex re Emphyteutica, debent restitui domino, ubi declaraverit se velle exequi pœnam commissi. n. 99.

Quod procedit, licet tales fructus essent pendentes, quando Emphyteuta incidit in commissum, ita ut neque eorum pendentium æstimatio possit detrahi per ipsum Emphyteutam. n. 100.

Quid de fructibus, qui responderent meliorationibus per ipsum Emphyteutam factis? n. 101.

IN secundo casu principali, quando Emphyteusis finitur, & revertitur ad dominum ex causâ cõmissi, nonnulla maior est dubitatio circa fructus, qui erant pendentes tempore cõmissi, an pertineant ad ipsum Emphyteutam; ita ut si eos percipiat antequã dominus declaret, se velle exequi pœnam commissi, non teneatur eos restituere? Cùm enim Emphyteuta non amittat suum dominium utile, nisi 99

post illam declarationem domini volentis eum ab Emphyteusi expellere, ut ex jure, & communi Doctorum tradidimus *sect. praeced. n. 67.* videtur facere suos irrevocabiliter omnes fructus ante eam declarationem perceptos. At huic dubitationi jam satisfactum est, *d. sect. praeced. n. 69.* ubi contra Molinã, & quosdam alios, cum pluribus resolvimus ut probabilius, quod finita Emphyteusi ex causa commissi, tenetur Emphyteuta restituere domino omnes fructus post commissum perceptos.

100 Si dicas, saltem fructus pendentes secundum æstimationem, quam pro eo statu habent tempore commissi, pertinere ad Emphyteutam; cùm ipsa res Emphyteutica, cujus sunt partes, usque ad illud tempus pertinuerit simpliciter, & irrevocabiliter, quo ad utile dominium ad Emphyteutam. Respondetur facilè ex supradictis, nihil referre, quod illi fructus simul cum ipsa re pertinuerint ad Emphyteutam usque ad tempus commissi. Nam eo ipso, quod per cõmissum res amittitur, simul cum ea amittuntur, & incipiunt pertinere omnino ad dominum directum omnes ejus fructus pendentes, cùm sint partes illius, & simul cum ea transeant, ut sæpius dictum est. Et ita, quod tales fructus pendentes ad dominum in præsenti casu spectent, tenet in specie Valasc. *de partit. c. 31. n. 7. & 13.* post Socinum *in d. l. divortio, 8. in princip. num. 8. ff. solut. matrim.* ubi cum alijs expresse docet, hos fructus in casu proposito pertinere omnino ad dominum, juxta regulam *d. l. defuncta, ff. de usufructu.*

101 Atque hæc omnia intelligenda sunt, ut procedant etiã in fructibus, qui respondent meliorationibus ordinarijs, si quas Emphyteuta fecerat; cùm per cõmissum, non solum ipsa res principalis, sed etiam hæ meliorationes amittantur, & deveniant ad dominum absque obligatione eas solvendi, vel compensandi, ut ex cõmuni tradidimus *disp. 3. sect. 1. n. 15.* Secus autem erit de fructibus procedentibus ex meliorationibus extraordinarijs, quæ per commissum non amittuntur, ut etiam loco proximè cit. traditum, & explicatum est, in quarum proinde fructibus militat resolutio tradita in fine *§. praeced. n. 98.*

Quid quando Emphyteusis transit in sequentem vocatum?

§. III.

SUMMARIUM.

Succedens in Emphyteusim de providentia capit illam immediatè à domino concedente: succedens autem in hereditariam capit ab ultimo possessore: idque vel titulo universali, vel particulari. n. 102.

Quando Emphyteusis de providentia transit in sequentem vocatum; prima sententia esse potest, quod fructus pendentes tempore mortis ultimi possessoris sunt dividendi pro rata temporis inter ipsum vocatum, & hæredes ultimi possessoris. n. 103.

Secunda sententia potest esse, dictos fructus pertinere in solidum ad heredes ultimi possessoris, antequam sint in mora tradendi rem sequenti vocato. Si autem sint constituti in mora, teneri restituere, quos à tempore moræ perceperint. num. 104.

Tertia, & verior est, omnes illos fructus pertinere in solidum ad sequentem vocatum. 105.

Solvuntur fundamenta duarum priorum sententiarum. n. 106. & seq.

Quando res conceditur in Emphyteusim pro multis successivè, si in continenti tradatur primo, censetur ei tradi nomine omnium vocatorum: eaque traditio sufficit, ut mortuo quolibet rem possidente, statim sequens vocatus dominium ipsius rei acquirat. n. 108.

In

102 IN tertio casu, quando per mortem ultimi possessoris Emphyteusis non revertitur ad dominum, sed transit ad sequentem vocatum, distinguendũ est inter Emphyteusim hæreditariam, & non hæreditariam, seu de providentia: sunt enim valde diversæ inspectionis. Nam succedens in Emphyteusim de providentia capit illam immediatè à domino concedente, Gama, *decis. 5. in principio, & decis. 253. in fine*, Valascus *de jure Emphyt. quæst. 38. convenient. 6.* & alij per tex. *in l. unum ex familia, §. si de Falcid. & §. sed si fundum, ff. de leg. 2.* succedens autem in hæreditariam, capit immediatè ab ultimo possessore; qui potest de illa disponere, tum per voluntatem directam, id est, per institutionem, tum etiam per indirectam, id est, per fideicommissum universale, vel particulare, ut constat ex dictis *disp. 4. sect. 7. §. 4. n. 134. & disp. 5. sect. 2. §. 2.* Ex quarum inspectionum diversitate fit, ut diversimodè ad propositam quęstionem in hoc tertio casu respondendum sit, imo ut plures casus diversi sub illo sint necessariò distinguendi, ut plenè, ac planè quæstioni satisfiat; quod in hoc, & duobus sequentibus §§. præstabimus.

103 Quod ergo attinet ad casum, quo Emphyteusis de providentia transit in sequentem vocatum, tres pro quæstione proposita possunt esse sententiæ. Prima affirmãs, fructus rei Emphyteuticæ, qui fuerint pendentes tempore mortis ultimi possessoris, dividendos esse pro rata temporis inter sequentem vocatum, & hæredes possessoris defuncti, ut in simili de feudo tenent Alex. *in l. divortio, 8. in princ. n. 3. ff. sol. matr.* Brunus *consil. 106. post med.* & Costa *de success. regni, 3. p. n. 15. ad fin.* Adduci etiam possunt Gregor. Lopes *in l. 26. tit. 11. partita 4. ver. quantos, ad finem*, Burgos de Pace *in proœmio legum Tauri, num. 74.* Covar. *lib. 1. variarum, cap. 15. num. 14.* Gutterres *Canonic. qq. cap. 33. num. 31.* Molina *lib. 3. de primogenijs, cap. 11. à n. 12.* & alij, qui docent, quando maioratus per mortem ultimi possessoris transit in sequentem vocatum, dividendos esse prædicto modo fructus pendentes inter illum vocatũ, & hæredes possessoris defuncti. Quorum generale fundamentum est, quia non patitur ipsa naturalis æquitas, ut quis habens rei dominium pro tempore vitæ suæ, integro ferme anno ipsam rem possideat, curet, & custodiat, ac cætera onera tali possessioni annexa sustineat, & nihilominus, quia mortuus est antequam fructus colligeret, eos debeat omnino amittere; ita ut nihil de illis possit transferre ad suos hæredes, sed omnes pertineant ad eum, in quem res transit.

Secunda sententia potest esse, dictos fructus pendentes pertinere in solidum ad hæredes ultimi possessoris, si eos percipiant, antequam sint in mora tradendi rem sequenti vocato; si autem constituti sint in mora, teneri restituere fructus, quos à tempore moræ perceperint. Ita in simili, quando quis accepisset ab hospitali fundum retinendum in vita sua, & pendentibus fructibus decederet, admittit Barbosa *in d. l. divortio. 8. in principio, 2. p. n. 13. ff. soluto matrim.* Et in simili etiam de maioratu instituto per contractũ, Costa *d. p. 3. n. 13.* Fundamentum est, quia quando per contractum res alicui conceditur, non transfertur ejus dominium, nisi interveniat traditio, *l. traditionibus, C. de pactis*, id quod in Emphyteusi nominatìm probat Barb. *supra, n. 21. per l. cum sponsus, §. in vectigalibus, ff. de publiciana*, referens in eandem sententiam Immolam *consil. 116. numer. 6.* & Alciat. *in dicta l. traditionibus, ad finem, & responso 589. num. 1.* Vnde cum dominium neque per momentum possit esse in pendenti, *l. neque utilem, ff. quibus ex causis maiores*, Mol. *lib. 1. de primog. c. 19. n. 10. & latius lib. 3. cap. 10. à n. 5.* neque possit transire in sequenté 104

vocatum, antequam res illi tradatur, debet interim remanere penes hæredes ultimi possessoris, *l. si ego, §. 1. ff. de jure dotium.* Ac proinde ad eos interim spectabunt fructus ipsius rei, nec tenebuntur eos restituere, nisi eos perceperint, postquam fuerint constituti in mora tradendi rem, juxta regulam *l. videamus, 38. §. si actionem, ff. de usuris, & l. cùm fundus, in principio, ff. si cert. petatur.*

105 Tertia nihilominus, & verior sententia est, dictos fructus pendentes, quando ultimus Emphyteuta moritur, pertinere in solidum ad sequentem vocatum. Ita in specie docent Barbosa *in dicta l. divortio, 8. in principio, 2. parte, num. 21. & 22.* & Valascus *c. 31. de partition. num. 7. & 9.* Qui Doctores hoc ipsum tenent in feudo, Barbosa quidem *dicta parte 2. num. 17.* & Valascus *cap. 32. n. 5.* sequitur Frag. *tomo 3. disp. 12. §. 1. sub num. 1. vers. sed pensiones.* Idem etiam in simili de maioratu sentiunt Anton. Gomes *in l. 40. Tauri, n. 74.* Meres *de maiorat. lib. 4. q. 24. num. 2.* Navar. *in Apolog. de reditib. q. 2. monito 15. n. 1.* ubi hanc sententiam dicit communem; Barbosa *supra, sub num. 1. & seqq.* Valascus *eodem tract. de partition. cap. 30. num. 14.* & alij, quos citant, quibus accedit Lusitanus Senatus, in quo non semel ita judicatū esse testatur Valascus, & refert etiam idem approbans Gama *decis. 350.* Probatur facilè hac ratione, quia Emphyteusis ex pacto & providentia, quæ nullo modo est hæreditaria, non spectat ad possessorem, nisi pro tempore vitæ suæ: unde per ejus mortem omnino extinguitur jus, & titulus, quo ad eum spectabat; & consequenter non potest ab eo transferri ad hæredes, sed transit immediatè ad sequentem vocatum ex concessione domini, à quo vocati eam immediatè accipiunt, & non à possessore defuncto, *ut supra n. 102.* notatum est. Ergo per mortem possessoris, non ad ejus hæredes, sed ad sequentem vocatum pertinere debent fructus pendentes talis Emphyteusis, cùm censeantur pars ipsius rei, *l. fructus pendentes, 45. ff. de rei vendicat.* & consequenter cum ea transire debeant, in quem illa transit, *§. is vero, Inst. de rerum divis.* Et si fortè dicti hæredes illos percipiant, debent eos restituere, cùm nullum in re jus habeant, ratione cujus ea frui possint.

Confirmabitur, & declarabitur amplius hæc sententia respondendo ad fundamentum secundæ, quod solùm explicatione indiget. Nam quod pro prima adductum est jam manet exclusum in primo casu, ubi *n. 93.* diximus eo argumento solum probari, quod sumptus, & labores ab Emphyteuta in fundo excolendo impensi debent solvi hæredibus ipsius Emphyteutæ, cùm in fructibus semper sint prius deducendæ impensæ juxta regulā *l. fructus, ff. sol. matr.* Et ita etiam in specie præsentis casus respondet Valascus *dicto cap. 31. n. 11.* 106

Ad fundamentum verò secundæ sententiæ respondetur, licet mortuo ultimo possessore, dominium utile rei Emphyteuticæ non acquiratur sequenti vocato, nisi accedente traditione, inde non sequi, quod resideat per aliquod tempus in hærede ipsius possessoris; quia tale dominium nec per momentum potest competere nisi illis, quibus dominus directus dare voluit; is autem non voluit illud dare hæredibus ultimi possessoris à se aliàs non vocatis. Quare si illi rem possideant antequam dominium sit acquisitum sequenti vocato, poterit dominus directus, penes quem tunc videtur residere totum dominium, vindicare ab eis fructus tanquam à malæ fidei possessoribus, *l. certum, Cod. de rei vendic.* unde & ipse vocatus, qui succedere debet in Emphyteusi, poterit tanquam procurator in rem suam eodem jure uti, *l. 1. §. finali, ff. de novi operis nunc. & l. 12. §. finali, ff. de usufructu* 107

fructu quemadmod. cavea. Et sic stat, quod omnes fructus Emphyteusis de providentia, qui fuerint pendentes tempore mortis ultimi possessoris, vel post eam percepti, spectant ad sequentem vocatum, licet fuerint percepti per hæredes ultimi possessoris, antequam res esset tradita, & dominium acquisitum ipsi vocato.

108 Adde ex Barbosa, & Valasco *loco citato*, si traditio facta fuit in continenti primo Emphyteutæ, quando Emphyteusis ei concessa est, censeri eam traditionem illi esse factam nomine omnium vocatorum, quemadmodum ipsa concessio facta est: atque talem traditionem sufficere, ut mortuo quolibet Emphyteusim possidente, statim sequens vocatus dominium acquirat; ac subinde ut statim omnes fructus tempore mortis possessoris pendentes, & qui postea fuerint percepti ad ipsum vocatum spectent, juxta regulam *l. Herennius, 42. ff. de usuris.*

Si verò opponas, quod dum primus acquirens vivit, non potest sequentibus acquiri dominium, juxta regulam *l. ut certo, §. si duobus, ff. commodati.* Nec postquam mortuus est, potest ejus voluntas parare dominium sequétibus, cùm ea voluntas morte sit extincta, *l. locatio, 4. ff. locati, cap. si gratiose, de rescriptis.* Respondet Barbosa *ubi supra*, dictam traditionem videri factam eo modo, quo concessio facta fuerat, ut scilicet primus haberet dominium Emphyteusis, dum viveret; & post ejus mortem illud transeat in sequentem: propterea que mortuo primo, & sic purificata conditione, traditionem illam operaturam esse suum effectum in sequentibus, juxta textum *in l. 2. §. si pecuniam, ff. de donation.* ubi si facta sit traditio, & ejus effectus suspendatur sub conditione, licet conditio eveniat mortuo donatore, tamen transfertur dominium; quia effectus semper trahitur ad suam causam. Quod verò dicitur, voluntatem extingui morte, id intelligitur, nisi ejus effectus sit collatus post mortem operantis: nam tunc etiam post illius mortem ea voluntas vim habet. Et ita se res habet in nostro casu. Qua de re vide plura apud eundem Barbosam, *dicta parte 2. num. 12.* ubi nonnullas difficultates solvit, quæ contra prædictam responsionem opponi possent.

Quid si Emphyteusis sit hæreditaria, & deferatur successori per fideicommissum universale?

§. IV.

SUMMARIUM.

In successione Emphyteusis hæreditariæ procedunt, & servari debent, quæ generaliter pro rebus hæreditarijs jure sunt constituta. n. 109.

Fructus rei subjectæ fideicommisso universali, si percepti sint ante mortem testatoris, & reperiantur in ejus hæreditate, restitui debent fideicommissario. n. 110.

Idem dicendum de fructibus talis rei post mortem testatoris, ante aditam hæreditatem perceptis: idque sive hæres adeat coactus, sive spontaneè. n. 111.

Hoc tamen limita in hærede suo, ut scilicet non teneatur hos fructus restituere. ibidem.

Fructus rei subjectæ fideicommisso universali, si percepti sint post aditam hæreditatem ante casum, seu diem fideicommissi, pertinent regulariter ad hæredem sine obligatione restitutionis. Hæc tamen regula in multis casibus fallit: ac præsertim quando intelligitur, testatorem voluisse, ut etiam hi fructus restituerentur. num. 112.

Etiam fructus percepti post casum fidei commissi pertinent regulariter ad haeredem sine obligatione restitutionis, si eos percepit antequam esset constitutus in mora per interpellationem: idque sive fuerit gravatus purè; sive ex die, aut sub conditione. n. 113.

Hoc tamen fallit, quoties jus dominij, & actiones transeunt in fideicommissarium ipso jure absque alia restitutione: ut quando fideicommissum fuit relictum Ecclesiae, vel pio loco, aut pauperibus, alijsve personis similiter privilegiatis. num. 114.

Fallit etiam, quoties ex parte non restituentis mora contrahitur re ipsa, ubi advenit casus fideicommissi, ut quando fideicommissarius est minor, vel furiosus, aut persona similiter privilegiata. num. 115.

Hoc tamen non habet locum quando res ageretur inter aequè privilegiatos. ibidem.

Fallit quoque, quando ratione absentiae, vel ignorantiae, non potuerit imputari fideicommissario negligentia in petenda restitutione, n. 116.

Fructus pendentes tempore mortis testatoris, si percipiantur ante aditam haereditatem, sunt restituendi fideicommissario universali. n. 117.

Si autem sint percepti per haeredem post aditionem, negant aliqui debere restitui. n. 118. & 119.

Intelligitur autem haec sententia, nisi haeres tales fructus percipiens esset constitutus in mora. d. n. 119. fine.

Statuitur sententia contraria tenens praedictos fructus debere restitui. num. 120.

Ampliatur haec sententia. Primò, licet tales fructus essent immaturi tempore mortis testatoris. Secundò, licet nondum essent nati tempore mortis testatoris, sed tantùm sati. Tertiò, licet fideicommissarius fuisset negligens in petenda restitutione. num. 121.

Declaratur praedicta sententia, ut non debeant restitui ipsi fructus in se, seu quoad substantiam; sed solùm eorum pendentium aestimationem. Et quomodò id sit intelligendum? n. 122.

Explicatur l. in lege Falcidia placuit, 9. ff. ad l. Falcid. ibidem in fine, & num. seq.

Fundamentum prioris sententiae relatae, n. 118. solvitur n. 123.

Dicta prior sententia negans, debere restitui fructus tempore mortis testatoris pendentes, quando post aditam haereditatem sunt percepti per haeredem, sustinetur in fideicommisso conditionali, vel in diem. n. 124. & seq.

Adveniente casu fideicommissi conditionalis, vel in diem, omnes fructus tunc temporis pendentes restitui debent cum ipsa re fideicommissario, licet maior pars anni praeterijsset, detractis tamen impensis factis per haeredem gratia ipsorum fructuum. num. 125. ad fin.

Concluditur in specie, quando, & quousque fructus Emphyteusis haereditariae subjectae fideicommisso universali tempore mortis testatoris pendentes restitui debeant, aut non debeant, novo Emphyteutae, cui tale fideicommissum relictum est. num. 126.

IN hoc etiam casu gravis difficultas est, an fructus rei Emphyteuticae pendentes tempore mortis possessoris fideicommittentis pertineant ad ejus haeredes, vel potius ad vocatum fideicommissarium? Haec autem difficultas pari ratione militat in alijs rebus haereditarijs fideicommisso universali subjectis, nihilque habet speciale in dicta Emphyteusi; quia in successione Emphyteusis hereditariae procedunt, & servari debent, quae generaliter pro rebus haereditarijs jure sunt constituta: idque voluit, & intendit dominus hoc ipso, quod concessit, ut Emphyteusis esset haereditaria: cum hoc nihil aliud sit, quā quod in ea succedatur, sicut in rebus haereditarijs. Quamobrem praesenti quaestioni fiet satis, explicando in generali, ad quem perti- 109

pertineant fructus rei subjectæ fideicōmisso universali tempore mortis testatoris pendentes.

110 Ad hoc verò notandum fructus perceptos ex re hæreditaria fideicommisso universali subjecta, quosdam pertinere ad fideicommissarium, eive restituendos esse: quosdam verò ad hæredem gravatum. Nam vel fructus illius rei sunt percepti ante mortem testatoris, & reperiuntur in ejus hæreditate. Et hi omnino sunt restituendi fideicōmissario, cùm sint corpora, & res simpliciter hæreditariæ, *l. item veniunt*, §. *non solum*, *ff. de pet. hæredit.* Mantica *de conject. ultim. vol. lib. 7. tit.* 10. *n.* 1. Peregrin. *de fideicommissis*, *art.* 10. *n.* 30. *cum seqq. & art.* 49. *n.* 1. Fusar. *tract. de substitut. 2. p. de substit. fideicommissar. q.* 626. *n.* 1. & cæteri omnes.

111 Vel sunt percepti post mortem testatoris ante aditam hæreditatem. Et hi etiam restituendi sunt, Gloss. *in l. in fideicommissi*, 3. *in princip. vers. non lucrum*, *ff. de usur.* Ant. Gomes *tom.* 1. *var. cap.* 5. *n.* 15. *in princip.* Mantica *ubi sup. n.* 6. Costa *in cap. si pater, p.* 3. *ver. obliqua*, *n.* 34. Peregrin. *d. art.* 49. *n.* 2. & 3. Fusar. *d. q.* 626. *n.* 12. & cæteri communiter, juxta textum *in l. ita tamen*, 27. §. 1. *in fine*, *ff. ad Trebel.* Ratio est, quia tales fructus sunt hæreditatis, non hæredis, qui nondum est, & ita augent ipsam hæreditatem, *d. l. item veniunt*, §. *fructus*: ac proinde veniunt cum ea restituendi. Et procedit hæc resolutio, non solùm quando hæres adivit coactus, sed etiam quando adivit spontaneè, ut contra Glossam, & Barthol. *in d. l. ita tamen*, & Anton. Gom. *supra*, tenent plerique, quos citant, & sequuntur Mantica *d. n.* 6. *fine*, Peregrin. *d. art.* 49. *num.* 2. Molina *tomo* 1. *de just. disp.* 187. *n.* 12. Fusar. *d. q.* 626. *n.* 12. Nec obstat, quòd hæres adiens postea hæreditatem retrofingitur adijsse tempore mortis testatoris, *l. hæres quandoque*, 54. *ff. de acquir. hæred.* & sic ex tunc comparasse dominium bonorum: unde videtur ex tunc etiam fecisse fructus suos tanquam ex rebus suis perceptos. Respondetur enim illam juris fictionem esse ex quadam necessitate, & non operari in præjudicium fideicommissarij, cùm æquitas, & contraria ratio suadeat. Sic Peregrinus, Costa, & Mol. *loc. cit.* in suo tamen hærede id limitandum est, cùm statim à morte patris fiat verè dominus hæreditatis, antequam illam adeat, *l. in suis*, *ff. de suis, & legit. hæred.* Et ita cum communi tradunt Costa *supra*, *n.* 50. & Molina *dicta. disp.* 187. *n.* 13.

Vel percepti sunt per hæredem 112 post aditam hæreditatem. Et in his ulterius distinguendum est. Quia vel precepti fuere ante diem, seu casum fideicommissi, ut fit quando hæres fuit gravatus ex die, vel sub conditione, & antequā dies adveniret, vel conditio impleta esset, fructus percepit (in quo eventu dicuntur fructus percepti judicio testatoris, *l. mulier*, 22. §. *si hæres*, *ff. ad Trebel.*) Et hi regulariter pertinent ad ipsum heredem, absque obligatione eos restituendi, ut habetur *l. in fideicommissariam*, 18. *in principio*, *d. l. mulier*, §. *si hæres*, *vers. alia causa*, *l. postulante*, §. *sed in hujusmodi*, *ff. ad Trebel.* & declarant latè Glossa 2. *in d. l. in fideicommissariam*, *in princip.* & Glossa *in d. l. in fideicommissi*, *in princip. ver. non lucrum*, Mantica *lib.* 7. *de conject. ult. vol. tit.* 10. *à n.* 7. Peregrin. *de art.* 49. *à n.* 20. & Fusar. *supra*, *à num.* 16. qui multas adhibent limitationes, quarum præcipua, & quæ radix plurium videtur, est, nisi constet, aut ex legitimis conjecturis præsumatur testatorē voluisse, ut etiam hi fructus restituerentur.

Vel fuere percepti post casum fideicommissi, ut quando fideicommis- 113 sum est relictum purè, vel si est relictū ex die, aut sub cōditione, percepti sunt post adventum talis diei, vel conditionis. Et hi etiam, si percepti sint per hæredem ob negligentiam fideicommissarij,

sarij, qui restitutionem hæreditatis non petivit, seu antequam hæres esset in mora, pertinent regulariter ad ipsum hæredem, nec restituendi sunt fideicōmissario. Ita Glossa *in d. l. fideicommissi, in principio, ver. non lucrum*, Mantica *d. tit. 10. sub num. 7. vers. rursus etiam*, Molina *d. disp. 187. n. 17.* & cum multis alijs Peregrin. *d. art. 49. num. 79.* & Fusar. *d. q. 626. n. 50.* estque communis sententia, per *d. l. in fideicommissar. in princ. & d. l. mulier, §. si hæres, in 1. resp. ff. ad Trebel.* & alia jura. Ratio est, quia dominiũ rerum hæreditariarum

113 acquiritur hæredi, ubi primum hęreditatem adit, *l. cum hæredes, 33. in princ. ff. de acquir. possess. l. 1. §. Scævola, ff. si is, qui testam. liber esse jus. fuer.* nec transit in fideicommissarium universalem, nisi facta restitutione, saltem verbali, *l. restituta, & l. facta, ff. ad Trebel. & §. restituta, Inst. eod. tit.* Igitur hæres percipiens fructus post aditam hęreditatem, antequam facta sit restitutio, facit illos suos, cùm percipiat illos ex re sua; nec tenetur eos restituere, nisi fuerit in mora, seu culpa, non restituendo hæreditatem; quæ culpa non debet ei prodesse. Non constituitur autem in tali mora, nisi per interpellationem fideicommissarij, sive judicialem, sive extrajudicialem, (qua de re latè Peregr. *dicto art. 49. num. 86.*) idque sive fuerit gravatus purè, sive ex die, aut sub conditione; nam ut ex Guidone Pape, *quæst. 493.* advertit Peregrinus *supra, num. 79.* adventus diei, vel cōditionis, licet operetur eventum fideicommissi, non itidem operatur moram in hærede, aut in hęredis hærede: & ita necessaria est interpellatio.

114 Nonnulli tamen sunt casus, in quibus prædicta resolutio fallit. In primis enim fallit quoties jus dominij, & actiones transeunt in fideicommissarium ipso jure, absq; alia restitutione, ut cum Barth. & communi, tradunt Mantica *d. tit. 10. n. 30. & 34.* Peregrin. *d. art. 49. n. 89.* & Fusar. *dict. q. 626. n. 59. & 60. per l. pen. §. cum autem, Cod. ad Trebel.* In ejusmodi enim eventibus, cùm dominium transeat in fideicommissarium, ubi cedit dies fideicommissi, ex tunc etiam ad illum pertinent fructus, eive restituendi sunt: nam fructus dominum rei sequuntur, *l. solùm, §. meum, l. & ex diverso, 36. ff. de rei vendic.* Et sic non est necessaria interpellatio, ut hæres teneatur eos restituere: nec refert, quod fideicommissarius fuisset negligens in petenda restitutione, ut bene citati Doctores advertunt. Hinc sequitur, si fideicommissum sit relictum Ecclesiæ, vel pio loco, aut pauperibus, alijsve personis similiter privilegiatis, de quibus *in l. final. C. de sacros. Eccles.* restituendos illis esse fructus perceptos à tempore, quo cessit dies fideicommissi; quia ubi talis dies advenit, transit ipso jure dominium in illas personas, & causas, ut multis relatis Doctoribus probat Pereg. *tract. de fideicommiss. art. 2. n. 61.* Et ita in specie tradunt cum alijs Mantica, *loco supra cit.* idem Peregrin. *art. 49. n. 89.* & Molina *d. disp. 187. num. 18.* Alios casus, in quibus dominium ipso jure transit in fideicommissarium, cui proinde fructus ex tunc percepti restituendi sint, licet hæredem non interpellaverit, adducit Peregr. *d. art. 2. à n. 56.*

Fallit præterea, quoties ex parte hæredis non restituentis mora contra- 115
hitur re ipsa, ubi advenit casus fideicōmissi, seu ubi primum restitutio peti posset, licet fideicommissarius fuerit negligens in ea petenda, ut quando fideicommissarius est minor, vel furiosus, aut persona similiter privilegiata. Talibus enim fideicommissarijs debent restitui omnes fructus rerum hæreditariarum percepti, postquam advenit casus fideicommissi. Ita cum alijs Mantica *d. tit. 10. n. 28.* Peregr. *d. art. 49. n. 87.* Fusar. *d. q. 626. n. 57.* & Mol. *d. disp. 187. n. 19. argum. l. in minorum, C. in quibus causis in integ. rest. non est necess. & l. Titia Seio, & usuras, ff. de leg. 2.*

2. Advertunt autem Mantica, & Peregrinus, hoc non habere locum, quandò res ageretur inter æquè privilegiatos, ut inter duos minores, quod privilegiatus non utatur privilegio adversus pariter privilegiatum in eadem causa. Hoc tamen pronunciatum suas habet limitationes, de quibus alibi.

116 Non procedit etiam prædicta resolutio principalis, quando casus fideicommissi evenit absente fideicommissario, cui non posset imputari negligentia in non petenda restitutione. Tunc enim licet hæres non fuerit constitutus in mora, eo quod interpellatus non sit, tamen fideicommissarius justam habet excusationem, & ideo non debuit privari fructibus fideicommissi ad se spectantis, quasi culpa sua eos amiserit. Ita Barth. & alij, quos citant, & sequuntur Mantica *dicto tit.* 10. *n.* 27. Fusar. *d. q.* 616. *n.* 55. & Peregrin. *d. art.* 49. *n.* 84. qui bene cum alijs addit, idem esse quando fideicommissarius ex justa causa ignoravisset relictum. Quod etiam tradit Fusar. *sup. n.* 53. licet *num. seq.* alios in oppositum adducat.

117 His prænotatis certum in proposita difficultate esse debet, fructus pendentes tempore mortis testatoris, si ante aditam hæreditatem sint percepti, esse simpliciter, & absolutè restituendos fideicommissario universali, quemadmodum cætera bona in hæreditate defuncti reperta. Ita in specie, relatis alijs, Mantica *libr.* 7. *de conject. ultim. volunt. tit.* 10. *num.* 6. & 14. *vers. ego autem*, & patet ex supra dictis *num.* 111. ubi absolutè cum communi probavimus fructus ante aditam hæreditatem perceptos restituendos esse fideicommissario universali.

118 Si autem sint percepti per hæredem post aditam hæreditatem, negant aliqui Doctores eos debere restitui. Ita docent Immola *in l. Centurio*, *num.* 6. *ff. de vulgari*, Ripa *in dicta l. in fideicommissariam*, *num.* 13. *ff. ad Trebel.* & Mantica *dicto titulo* 10. *num.* 14. *vers. ego autem*, ubi in fine pro eadem sententia refert Paris. *consil.* 55. *num.* 38. *volum.* 3. Fundamentum hujus opinionis est, quia hujusmodi fructus post aditam hæreditatem percepti non acquiruntur hæreditati, cùm per aditionem desinat esse hæreditas, sed acquiruntur hæredi, & sic non videntur hæreditarij, ut per Glossam *in l.* 1. *in principio, ff. de acquirend. possess.* In restitutione autem non veniunt, nisi quæ sunt hæreditaria, *dicta l. in fideicommissariam, in princ. ff. ad Trebel.*

Quod si opponas in contrarium 119 stare *l. in lege Falcidia placuit*, 9. *ff. ad l. Falcid.* ubi dicitur, quòd fructus pendentes tempore mortis testatoris augent æstimationem hæreditatis; & sic tanquam partes illius, debere restitui fideicommissario universali. Respondet Mantica *dicto num.* 14. eam legem loqui tantùm de fructibus jam maturis, ad quos bis se restringit: tales autem fructus haberi pro collectis, juxta Glossam, Bartholum, & alios *in l. divortio*, 8. §. *interdum*, *ff. soluto matrim.* & sic mirum non esse, quòd veniant restituendi, quemadmodum qui re ipsa ante aditam hæreditatē percepti sunt. Addit præterea, quòd illa lex loquitur respectu quartæ Falcidiæ per hæredē detrahendæ, in qua habetur ratio æstimationis hæreditatis, inspecto tempore mortis testatoris, *l. in quantitate*, *ff. ad l. Falcid.* & propterea solùm considerantur fructus maturi, quòd horum tantùm æstimatio sit certa: in restituenda verò hæreditate ex causa fideicommissi inspicitur quid sit hæreditarium, non quantum valeat hæreditas: & ideo cùm dicti fructus post aditam hæreditatem percepti hæreditarij non sint, non veniunt restituendi. Intelligitur autem hæc sententia, nisi hæres dictos fructus percipiens cōstitutus esset in mora: nam fructus post morā non percipiuntur judicio testatoris, & nemini sua mora prodesse debet, ut latius declarat idem Mantica *sup. n.* 25.

Nihil-

Nihilominus statuenda est contraria sententia tenens, dictos fructus restituendos esse. Hanc sequitur, & communem dicit Peregrinus *dict. art.* 49 *num.* 16. Pro eadem stat expresse Alexander de Immola *in dicta l. Centurio num.* 4. (quidquid Mantica *supra* eum aliter intelligendum esse contendat) *& in dicta l. in fideicommissariam, in principio, num.* 5. stant etiam Glossa *in dicta l. in fideicommissi, in principio, ver. non incrum, ff. de usuris*, Antonius Gomes *tomo* 1. *variarum, cap.* 5. *num.* 15. *fine.* Molina *dicta disp* 187. *num.* 11. Fusar. *dicta quæst.* 626. *num.* 4. *&* 65. pluresque alij, quos referunt, licet non omnes adeo expresse illam tradant, cum plerique solùm absolutè dicant, fructus pendentes tẽpore mortis testatoris restituendos esse. Ratio à priori est, quia fructus pendentes sunt pars ipsius rei, *l. fructus pendentes, ff. de rei vendicat.* Ergo, qui tempore mortis testatoris pendent ex rebus hæreditarijs, sunt partes hæreditatis, & consequenter cum ea sunt restituendi, quemadmodum cætera bona, quæ in ea reperiuntur, nihil obstãte, quod percipiantur post aditionem. Confirmatur ex *dicta l. in lege Falcidia placuit*: nam cum fundus ratione fructuum pendentium pluris æstimetur, & hujus maioris æstimationis habeatur ratio in detractione Falcidiæ, ut in ea lege habetur, consequens est, ut etiam haberi debeat in restitutione, quando hæres est gravatus fideicommisso universali, ut nimirum fundus sic pretiosior, seu æstimatio ipsorum fructuum pendentium restitui debeat. 120

121 Ampliatur primò hæc sententia, ut procedat, sive tales fructus essent maturi, sive immaturi tempore mortis testatoris. Quia in utrisque militat ratio num. præcedenti adducta. Et ita sentit Peregrinus *dicto art.* 49. *num.* 17. ubi testatur de communi, & Fusar. *dicta quæst.* 626. *num.* 6. Ampliatur secundò, ut etiam fructus sati, sed non nati, tempore mortis testatoris, restitui debeant. Sic Peregrinus *sup. num.* 18. & Fusar. *loco citato, num.* 9. quamvis contrarium voluerit Immola *in dicta l. in lege Falcidia placuit.* Ratio est, quia licet non sint nati, tamen facta est seminum impensa, quæ fundum hæreditarium pretiosiorem reddit, quemadmodum fructus pendens. Ampliatur tertiò, ut dicti fructus restituendi sint, licet fideicommissarius fuisset negligens in petendo, & fructus fuerint percepti per hæredẽ non constitutum in mora. Sic Peregrinus *eodem art.* 49. *num.* 83. ubi alios refert, & Fusar. *dicta quæst.* 626. *n.* 64. Quia cum hi fructus sint pars rei hæreditariæ, illamque pretiosiorem reddãt, fit, ut quemadmodum res hæreditariæ restitui debent, quamtumvis fideicommissarius fuisset negligens in petendo, nec hæres fuerit in mora, sic etiam illi fructus.

Declarat autem Peregrinus *dicto art.* 49. *num.* 16. non esse intelligendum, quod debeant restitui ipsi fructus, sed solùm eorum pendentium æstimatio, juxta valorẽ, quem habebant tempore mortis testatoris. Idque probat per *dictam l. in lege Falcidia placuit*, ubi in favorem fideicommissarii solum inspicitur maior æstimatio, quæ hæreditati accrescit ex fructibus tempore mortis testatoris pendentibus. Ego verò dicendum arbitror, debere restitui æstimationem illorum fructuum, juxta valorem, quem habebant ante aditam hæreditatem: ut si tẽpore mortis testatoris æstimabantur 100. aureis, & quando hęreditas fuit adita jam ascenderant ad valorem 150. eo quod interim magnum incrementum acceperant, & certior erat eorum colligendorum spes, debere tunc restitui 150. aureos. Ducor, quia illud valoris incrementum ante aditam hæreditatem accrevit ipsi hæreditati, illamque auxit; ac proinde factum est hæreditarium: ergo restitui debet, quẽadmo- 122

admodum cætera bona hæreditaria, ut constat ex dictis *numer.* 111. pro fructibus ante aditam hæreditatem perceptis. Ex quo fundamento simpliciter dicendum puto, si fructus sint pendentes, quando hæres adit hæreditatem, solvi debere fideicommissario eorum æstimationem, juxta valorem illius temporis, sive jam essent pendentes tempore mortis testatoris, sive postea jacente hæreditate nati fuissent; siquidem etiam in hoc secundo casu hæreditati accrescunt, & cum ea veniunt restituendi. Atque ita etiam videtur intellexisse Peregrinus *sub dict. num.* 16. *vers. contra autem*, quatenus ibi docet, debere restitui æstimationem horum fructuum, eo quod ad hæredem fundus pretiosior pervenerit ob illorum pendentiã: ubi plane significat, totum illud pretium, quod fundo accrevit, antequam ad hæredem perveniret, restituendum esse. Nec obstat, quod in *dicta l. in lege Falcidia*, solum consideratur valor, qui rei accrevit ex fructibus pendentibus tempore mortis testatoris: cum ea lex solum loquatur respectu Falcidiæ per hæredem detrahendæ, in qua solum inspicitur valor hæreditatis tempore mortis testatoris, *l. in ratione*, 30. *in principio*, *& dicta l. in quantitate*, *ff. ad l. Falcid.* neque in fructibus jam maturis, de quibus ea lex agit, considerabile erat, quod adhuc crescerent in valore, quousque post aditam hæreditatem colligerentur.

123 Atque hinc refellitur facile motivum contrariæ sententiæ relatæ *numero* 118. nam quod hujusmodi fructus colligantur, adita jam hæreditate, non tollit, quominus dum erant pendentes ante aditionem pertinerent ad ipsam hæreditatem, eamque augerent, quoad æstimationem, quam pro tunc habebant. Quare illa æstimatio restitui debet, tanquam pars hæreditatis. Et solum incrementum, quod acceperunt post aditam hæreditatem, lucro hæredis cedit, ut probat fundamentum adversariorum; neque in nostra sententia id negatur. Quod autem Mantica considerat circa *d. l. in lege Falcidia*, ad tollendum argumentum, quod ex ea pro nostra sententia desumitur, jam satis per supra dicta exclusum est. Adde vero, quod licet ea lex solum meminerit de fructibus maturis, tamen Glossa, *ibi*, *ver. mortis tempore*, & Doctores communiter subaudiunt *maxime*, idem scilicet volentes in immaturis, teste Peregrino, *dicto art.* 49. *num.* 17. cum & hi pars fundi sint.

Addit præterea idem Peregrinus *sub dicto numero* 16. *vers. contra autem*, 124 fortè dici posse prædictam communẽ sententiam procedere, quando fideicommissum fuit relictum pure, quemadmodum in eisdem terminis, eo referente, sentiunt Jacobus de Aretin. Baldus, Immola, Cemanus, & Iason, *in l. si quis bonorum*, *ff. de leg.* 1. in legato omnium bonorum, aut partis; in quo quantum ad præsentem quæstionem eadem est ratio, atque in fideicommisso universali. Si autem fideicommissum sit conditionale, vel in diem, tunc procedere, & veram esse opinionem relatam *num.* 118. quod scilicet non tenetur hæres restituere dictos fructus pendentes, seu eorum æstimationem, ut etiam in legato generali tenent Doctores proxime citati. Et quidem in fideicommissis conditionalibus subdit idem Peregrinus, nunquam se vidisse dictos fructus restitui. Atque hanc eandem sententiam, non subdubitando, sed constanter tenet Fusar. *dicta quæst.* 616. *num.* 7. addens, se ita semper vidisse practicari. Neque aliud videtur voluisse Mantica *loco citato* pro priori sententia: nam sub illo *num.* 14. expresse profitetur se loqui de fideicommisso universali in diem, vel sub conditione relicto.

Ratio

125 Ratio hujus sententiæ, quæ mihi etiam probatur, potest esse, tum quia eo ipso, quod testator relinquit fideicommissum in diem, vel sub conditione, mens ejus videtur esse, ut interim dum dies, vel conditio, non advenit, omnes fructus, qui post aditionem percepti fuerint, pertineant omnino ad hæredem, etiam si essent pendentes tempore mortis ipsius testatoris; siquidem, ut habetur *in dicta l. mulier*, §. *si hæres*, *ff. ad Trebellianum*, omnes fructus, quos hæres illo tempore intermedio percepit, intelliguntur percepti judicio testatoris; quod videtur procedere, sive tales fructus fuissent pendentes tempore mortis testatoris, sive non, cùm illa lex non distinguat. Tum etiam, quia adveniente casu talis fideicōmissi, cedunt fideicommissario bona cum omnibus fructibus tunc temporis pendentibus, ut notat idem Peregrinus *dicto numero*, 16. *in fine*, *& infra n.* 91. *&* 93. quod tales fructus sint pars ipsorum bonorum, *l. fructus pendentes*, *ff. de rei vendic. & l. final.* §. *pen. ff. de his qua in fraudem creditor.* & ideo transire debent in eum, in quem res transit. Additque idem Author, hoc procedere, licet maior pars anni præterijsset, & proxima esset fructuum collectio: neque verò esse dividendos pro rata temporis inter hæredem, & fideicommissarium: detrahendas tamen esse per hæredem impensas factas gratia ipsorum fructuum quærendorum, juxta *l. si à domino*, §. *fin. & ll. seqq. ff. de petit. hæredit. & l. fundus*, *ff. Famil. Ercifcun.*

126 Ex quibus omnibus ad rem nostram concludimus, quòd quando Emphyteusis hæreditaria fuerit relicta per fideicommissum universale, omnes ejus fructus tempore mortis testatoris pendentes pertinent, ac restitui omnino debent fideicommissario, si sint percepti ante aditam hæreditatem. Si autem post aditionem percepti sint; vel tale fideicommissum est purum: & tunc solùm debet restitui eorum pendentium æstimatio, juxta valorem, quem habebant ante aditam hæreditatem, seu in ipso momento aditionis, nisi percepti essent per hæredem constitutum in mora, vel casus esset talis, in quo ipso jure ante aliam restitutionem dominium transferretur in fideicommissarium; quia in ejusmodi eventibus debent plenè restitui, juxta supradicta *num.* 114. *& duobus seqq.* Vel est in diem, aut sub conditione: & tunc si percepti sint ante diei, vel conditionis eventum, pertinent ad hæredem gravatum, nec restituendi sunt: fructus autem, qui fuerint pendentes tempore restitutionis, transeunt cum ipsa re in fideicommissarium, nec dividendi sunt pro rata temporis inter ipsum, & hæredem gravatum, juxta proximè dicta *numero præced.*

Quid quando Emphyteusis hæreditaria transit in alium, titulo legati, seu fideicommissi particularis?

§ V.

SUMMARIUM.

Quando Emphyteusis hæreditaria transit in alium titulo legati, nihil habet speciale quoad præsentem quæstionem, quò deviet à generalibus regulis legatorum. n. 127.

Quando res determinata, & propria testatoris legata est purè, acquiritur verè ejus dominium legatario, quando hæreditas aditur, ea verò adita, censetur juris fictione ei acquisitum tempore mortis testatoris. n. 128.

Quid quando res est legata sub conditione, vel in diem, aut legatum est rei alienæ, vel non determinatæ in individuo, vel partis bonorum? ibidem.

Quando res est legata in diem certum, licet legatarius statim acquirat jus, non tamen

tamen acquirit dominium ante adventum talis diei. d. n. 128.

Quando res certa in individuo, & propria testatoris purè legata est, fructus ejus post mortem testatoris ante aditam hæreditatem perceptos pertinere ad legatarium graves Doctores sentiunt. num. 129.

Contraria tamen sententia, quod imo tales fructus pertinent ad hæredem absque obligatione restitutionis, est communis, & plurimorum Doctorum. num. 130.

Confirmatur ratione, & respondetur ad fundamentum adversariorum. num. 131.

Intelligitur autem hæc sententia, nisi hæres fuisset in mora adeundi hæreditatem, quando fructus percepti sunt. num. 132.

Concluditur juxta prædictam communem sententiam, quando, & quousque in legatis fructus percepti pertinent ad hæredem, sine obligatione restituendi legatario, sive ante, sive post aditam hæreditatem percepti sint. numer. 133. & seq.

Quando res purè legata est, fructus tempore mortis testatoris pendentes si percepti sint ante aditam hæreditatem, debet restitui legatario eorum tunc pendentium æstimatio: ipsi autem fructus jam percepti pertinent ad hæredem, juxta prædictam communem sententiam numero 130. relatam. num. 135. & seq.

Retenta autem sententia posita num. 129. etiam percepti pertinent ad legatarium, quando purè legata est res determinata, & propria testatoris. numer. 137.

Quod dictum est numero 136. æstimationem fructuum tempore mortis testatoris pendentium pertinere ad legatarium, intelligi debet tam de fructibus industrialibus, quàm naturalibus. num. 138.

Quousque pertineant ad legatarium fructus rei purè legatæ tempore mortis testatoris pendentes, qui post aditam hæreditatem sunt percepti? num. 139.

Si legatum sit in diem, vel sub conditione, non debentur legatario fructus tempore mortis testatoris pendentes: bene autem qui fuerint pendentes, quando dies talis legati cedit; & quomodo id sit intelligendum. n. 140. & seq.

Concluditur in specie, quando, & quousque fructus Emphyteusis titulo legati in aliquem translata, qui tempore mortis testatoris, vel quando dies legati cedit, sunt pendentes, ad legatarium pertineant? num. 142.

127 Hic est alius casus, & quidem in praxi frequentissimus, in quo dubitari contingit, an fructus rei Emphyteuticæ tempore mortis testatoris pendentes spectent ad hæredem, vel potius ad legatarium? Atque illi etiam satisfaciendum est, explicando in generali, ad quem pertineant fructus rei legatæ tẽpore mortis testatoris pendentes. Nihil enim speciale se offert in Emphyteusi quo ad præsentem quæstionem; & ideo in hoc etiam casu generales regulæ servandæ sunt, sicut in casu superiori.

128 Sciendum itaque ante omnia est, quando res certa in individuo, & propria testatoris legata est purè, dominium talis legati acquiri verè legatario quando hæres adit hæreditatem, ea verò adita, censeri jurisfictione illi acquisitum à puncto mortis testatoris, ita ut ab eo puncto censeatur rectà via transisse in legatarium. Ita per *l. à Titio, 66. & ibi glossa, ff. de furtis, & l. si tibi homo, 88. §. cum servus, ubi etiam glossa, ff. de legat.* 1. & alia jura, tenent Communiter DD. Covar. *in cap. Raynaldus, §. 1. num. 1.* Antonius Gomes *tomo 1. var. c. 12. num. 7.* Molina *tomo 1. disput. 181. num. 1.* Ricciardus *in §. sed olim, num. 18. & 19. Instit. de legat.* Peregrinus *de fideicommis. art. 49. num. 11.* & cæteri ferè omnes. Si autem res fuerit

rit legata in diem, vel sub conditione, transit dominium in legatarium, ubi dies, vel conditio advenit, ut cum Saliceto, & Socino tradit Peregrinus *dicto art. 49. num. 104. juxta textum in l. fin. §. sin autem sub conditione, C. communia de legat.* Quod intelligitur, etiam si talis res sit legata in diem certum; nam licet legatarius statim acquirat jus in tale legatum ad effectum, ut possit illud transmittere ad hæredes, attamen non acquirit dominium antequam dies adveniat; *l. Sempronius Attalus, 26. ff. de usu, & usufruct. leg.* Barthol. ibid. Bald. Salicetus, & Paul. *in dicta l. final. §. sed quia nostra, Cod. communia de legat.* Peregrinus *dicto art. 49. num. 21.* In legato autem rei alienæ, vel quæ non sit certa in individuo, ut cùm legatur genus, vel quota bonorum, non acquirit legatarius dominium ante traditionem, ut ex jure, & Doctoribus probat Antonius Gomes *dicto cap. 12. n. 8. fine, & n. 22.* Molina *tract. 2. disp. 3. sub num. 18. vers. quando vero, & disp. 194. n. 13.* & Peregrinus *dict. art. 49. n. 80. & seqq.*

129 Sciendum prætereà, quod in legato puro rei certæ in individuo, & propriæ testatoris, gravium Doctorum sententia est, fructus perceptos, post mortem testatoris ante aditam hæreditatem pertinere ad legatarium; quia dominium talis legati censetur illi acquisitum statim à morte testatoris, ut ex supradictis constat; fructus autem rei legatæ pertinent ad legatarium à puncto, quo dominium acquirit, *l. Herennius, 42. ff. de usur.* & ibi Glossa ordinaria, Bart. & communiter DD, & generaliter fructus cujusque rei dominum ejus sequuntur; *l. & ex diverso, §. 1. ff. de rei vendicat.* Ita sentiunt Glossa *in l. quod servus, 20. ver. acquirit, ff. de leg. 2.* Barthol. Jacob. de Aretin, & Angel. *in l. servo legato, in principio, ff. de leg. 1.* Antonius Gomes, referens alios *tomo 1. var. cap. 12. num. 5. & 22.* & Molina *dicta disput. 194. numer. 1.* Pro qua sententia facit maximè text. *in l. huic scripturæ, ff. ad l. Aquil.* cum alijs, quos affert, & ponderat Ricciardius *in d. §. sed olim, n. 28. & 30. Inst. de leg.*

Contrariam tamen sententiam, quod 130 imo illi fructus cedunt hæreditati, & ea adita, acquiruntur hæredi absque obligatione eos restituendi legatario, tenent Glossa *in dicta l. Herennius, ver. post acquisitum, ff. de usur. & in l. fin. Cod. de usur. & fruct. legato,* Cynus, Bald. & Salicet. *ibid.* Immola, & Paul. Castr. *in d. l. quod servus,* Alex. & Ias. *in l. si tibi homo, 88. §. cum servus, ff. de legat. 1.* Salicetus *in l. in fideicommissi, col. 3. ff. de usur.* Aretin. & Iason, *in l. cum res, col. ult. ff. de legat. 1.* Covar. *lib. 1. var. cap. 15. n. 14. vers. secundum ad veram,* Menchaca *de successión. creat. lib. 2. §. 17. num. 127.* (quamvis *lib. 3. de successión. progressu, §. 27. num. 21.* ita rem explicet, ut re vera superiorem sententiam, *num. præced. relatam,* amplectatur) Barbosa *in l. divortio, 8. in princ. 2. p. n. 81.* Valascus *tract. de part. cap. 34. num. 3.* ubi ait hanc sententiam procedere absque dubio, Ricciard, *in d. §. sed olim. num. 29. & 30.* ubi hanc opinionem dicit communem, seque in judicando ab ea non recessurum, Peregrin. *d. art. 49. num. 11.* & plures alij, quos referunt. Optimus text. ad hoc *in l. nihil, 123. §. 1. vers. fructus ex fundo, ff. de leg. 1.* Et probari etiam potest ex *d. l. quod servus, ff. de leg. 2.* ubi dicitur, quòd servus legatus quidquid ante aditam hæreditatem acquirit, ipsi hæreditati acquirit: unde colligitur, quòd mercedes, & fructus rei legatæ ante aditam hæreditatem percepti augent ipsam hæreditatem: quod autem hæreditas augeatur, commodum est hæredis, vel fideicommissarij universalis, cui hæreditas restituenda est, non autem legatarij, vel fideicommissarij particularis.

Acce-

131 Accedit praeterea ratio, quia dominium rei legatae non transit in legatarium antequam adeatur haereditas: ergo fructus, qui ante tale tempus ex tali re percipiuntur, non spectat ad legatarium, sed ad haereditatem, in qua pro tunc residet dominium ipsius rei legatae, & consequenter adita haereditate, transeunt ad haeredem, sicut caetera bona haereditaria. Nec refert, quod adita haereditate censetur juris fictione dominium rei legatae acquisitum legatario à morte testatoris: quia hujusmodi fictio non operatur fructuum acquisitionem, ut in haerede vidimus *§. praecedenti, num.* 111. Et hinc excluditur fundamentum prioris sententiae relatae *num.* 129. Ad textum vero *in l. huic scripturae*, quem pro illa potissimum adduximus, respondet bene Peregrin. *dicto num.* 11. *fine*, ex eo quidem probari, actiones, quae proveniunt occasione rei legatae pro facto ante aditam haereditatem, cedendas esse legatario, ut actio pro vulneratione servi legati ante aditam haereditatem facta: at cum hoc stare, quod non cedantur ea, quae proveniunt ex ipsa re, ut fructus, & merces; siquidem haec haereditatem augent.

132 Intelligitur autem dicta communis sententia, nisi haeres fuisset in mora adeundi haereditatem: tunc enim fructus à tempore morae perceptos suos non facit, & tenetur eos cedere legatario. Ita Gregor. Lop. apud Molinam *dicta disp.* 194. *n.* 1. & cum multis alijs Peregrinus *d. art.* 49 *num.* 12. *per l. si usufructus mihi, ff. de usufructu*: pateque ratione, quia mora cuique sua prodesse non debet, *l. itaque fullo, ff. de furtis, & l. non fraudantur, §. nemo, ff. de reg. jur.*

133 Itaque juxta praedictam communem sententiam fructus rei particularis pure legatae, si percepti sint ante aditam haereditatem, haerede non constituto in mora adeundi, pertinent ad ipsum haeredem. Si autem percepti sint post haereditatem aditam, vel postquam haeres coepit esse in mora adeundi, pertinent ad legatarium, in quem adita haereditate dominium talis rei transfertur, idque licet ipse legatarius fuisset negligens in petendo legato, ut bene cum alijs advertit Mantica *lib. 7. de conject. ult. volunt. tit.* 101 *num.* 34. Si verò talis res sit legata in diem, vel sub conditione, fructus illius percepti ante adventum diei, vel conditionis, non spectant ad legatarium, bene tamen qui post diem, vel conditionem impletam fuerunt percepti, ut notat Peregrinus *dicto art.* 49. *n.* 14. & cum multis alijs D. Joannes de Carvalho *in cap. Raynald. p.* 4. *cap.* 2. *num.* 59. *de testam.* siquidem ex tunc dominium transit in legatarium, *ut supra n.* 128. advertimus.

134 Quando vero legatum fuerit partis bonorum, vel res legata non fuerit propria testatoris, tunc fructus non debentur legatario, nisi sint percepti postquam haeres fuerit in mora restituendi legatum, ut relatis pluribus, tradit idem Peregrinus *dicto art.* 49. *num.* 80. *& seqq.* idemque docet Molina *dicta disp.* 194. *num.* 13. quia dominium talium legatorum non transit ipso jure in legatarium, sed per traditionem, quam haeres non tenetur facere, nisi postquam fuerit interpellatus: unde antequam per interpellationem constituatur in mora, sibi percipit fructus, nec tenetur eos restituere, ut in fideicommisso universali diximus, *§. praecedenti, num.* 113. Et idem est in legato rei in genere, seu non determinatae in individuo, ut notat Molina *loco citato*, cum ejus etiam dominium non acquiratur legatario ante traditionem.

135 His ita constitutis, jam quod attinet ad fructus Emphyteusis, & cujusque alterius rei legatae, tempore mortis testatoris pendentes, sit prima conclusio. Si legatum sit purum, & hi fructus percepti fuerint ante aditam

tam hæreditatem, præstari debet legatario eorum pendentium æstimatio, juxta valorem, quem tempore mortis testatoris habebant: ipsi autem fructus jam percepti pertinent ad hæredem. Hoc secundum sumitur ex dictis, cum etiam quando legatum est rei determinatæ in individuo, & propriæ testatoris, fructus ejus ante aditam hæreditatem percepti, non ad legatarium, sed ad hæredem pertinent, juxta communem sententiam *num.* 130. *traditam.* Id quod à fortiori procedit in legato partis bonorum, vel rei alienæ, aut non determinatæ in individuo; cũ fructus talium legatorum, etiam post aditam hæreditatem percepti, antequã hæres esset in mora, pertineant ad ipsum hæredem, ut *numero præcedenti* probatum est.

136 Primum vero, quod scilicet æstimatio illorum fructuum pendentium solvenda sit legatario, est de mente eorum, qui docent, in legato puro fructus vivente testatore satos, & tempore mortis ejus pendentes deberi legatario, idque sive legatum sit rei determinatæ, sive omnium bonorum, aut partis. Hi sunt Jacobus de Aretin. Baldus, Immola, Cuman. Alexander, & Jason, *in l. si quis bonorum, ff. de legat.* 1. idem Baldus *in l.* 1. *num.* 12. *Cod. de usur. & fruct. legat.* Gloss. *in l. in fideicommissi,* 3. *in principio, vers. non lucrum, ff. de usur.* & alij quos citat, & sequitur Peregrinus *de fideicommissis, art.* 49. *num.* 16. *vers. contra, & num.* 19. *&* 83. quorum sententia communis est, quam etiam relato Alexandro, & Baldo amplectitur Ricciardius *in dicto §. sed olim, num.* 31. *Inst. de legat.* asserens fructus seminatos à testatore in re legata semper deberi legatario, idest, licet fuerint percepti ante aditam hæreditatem. Fundamentum horum Doctorum, & nostræ resolutionis est, quia fructus pendentes sunt pars ipsius rei legatæ, *l. fructus pendentes, ff. de rei vendic.* illamque pretiosiorem reddunt, *l. in l. Falcidia placuit,* 9. *ff. ad l. Falcidiam.* Ergo veniunt nomine ipsius rei legatæ, atque adeo spectant ad legatarium. Cum autem quando percepti sunt jacente hæreditate (in quo casu hic loquimur) jam pro tunc non sint pars rei, sed maneant in hæreditate, ut corpora quædam separata, & pro ut sic spectent ad hæredem, juxta communem sententiam *num.* 130. relatam, fit, ut in casu proposito solum debeatur legatario eorum pendentium æstimatio, juxta valorem, quem tempore mortis testatoris habebant, cum ipsa etiam res solum intelligatur legata, pro ut eo tempore reperiretur.

Si autem teneamus sententiam Bartholi, & aliorum relatam *num.* 129. 137
quæ quidem est satis probabilis, dicendum absolute erit, quod in legato puro rei determinatæ in individuo, & propriæ testatoris omnes ejus fructus pendentes tempore mortis testatoris, licet ante aditam hæreditatem percepti sint, pertineant integre, ac re ipsa, & non tantum quo ad prædictam æstimationem, ad legatarium; cum juxta eam sententiam, quilibet fructus ex tali re post mortem testatoris percepti ad legatarium pertineant, si hæreditas adeatur. Atque ita relatis alijs, docet expresse Molina *dicta disp.* 194. *num.* 1.

Illud etiam hic adverte, licet Doctores *num.* 136. pro nostra sententia 138
relati solum loquantur de fructibus industrialibus, attamen idem dicendum esse de naturalibus tempore mortis testatoris pendentibus. Quia hi etiam sunt pars ipsius rei legatæ, illamque pretiosiorem reddunt. Neque præfati Doctores, dum signanter asserunt, fructus satos à testatore tempore mortis ejus pedentes deberi legatario, vim faciunt in eo, quod tales fructus sint industriales, seu humana industria sati, quasi contrarium sentiant in naturalibus, sed in eo, quod sint sati, vivente testatore; innuendo contrarium esse dicen-

dicendum in fructibus post mortem testatoris satis, quod hi non reddant pretiosiorem rem legatam, ut sic, cùm non fuerit legata, nisi pro ut reperta esset tempore mortis testatoris. Et ita respectu Falcidiæ detrahendæ hanc ipsam distinctionem inter fructus pendentes satos ante, & post mortem testatoris observat Glossa *in dicta l. in lege Falcidia placuit*, & Angel. de Perusio *in l. in ratione*, 30. *in principio*, *n.* 3. *ff. ad l. Falcid.* ut scilicet fructus pendentes rerum hæreditariarum, qui tempore mortis testatoris essent sati, augeant hæreditatem respectu Falcidiæ detrahendæ, juxta *d. l. in lege Falcidia placuit*, secus verò, qui essent sati post testatoris mortem, juxta *d. l. in ratione*, & *l. in quantitate*, *ff. ad l. Falcid.*

139 Secunda conclusio. Si fructus rei purè legatæ tempore mortis testatoris pendentes percepti sint post aditam hæreditatem, pertinent integrè ad legatarium, si res erat propria testatoris, & fuit legata in individuo. Hæc apud omnes est in confesso per *dictam l. Herennius*, 42. *ff. de usuris*, ubi Glossa, & omnes. Et ratio est, quia in hujusmodi legato est dominium legatarij à puncto aditæ hæreditatis, *l. si tibi homo*, 88. §. *tum servus*, *ff. de leg.* 1. & diximus *supra num.* 128. omnes autem fructus, qui percipiuntur postquam dominium rei transit in successorem, pertinent ad illum: cùm fructus dominium rei sequantur, *l. & ex diversa*, 38. §. 1. *ff. de rei vendic.* Atque ita in specie docet Mantica *lib.* 7. *de conject. ultim. volunt. tit.* 10. *num.* 34. ubi plures refert. Si autem legatum sit partis bonorum, vel rei alienæ, aut non determinatæ in individuo, tunc licet fructus tempore mortis testatoris pendentes spectent ad legatarium, ut ex multis Doctoribus notavimus *num.* 136. attamen si percepti sint antequam hæres sit in mora restituendi legatum, esto jam esset adita hæreditas, pertinent quo ad substantiam ad ipsum hæredem, penes quem tunc est dominium, & sola eorum pendentium æstimatio, juxta valorem, quem tempore testatoris habebant, restituenda est legatario, juxta superius dicta pro præcedenti conclusione.

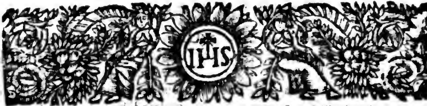
Tertia conclusio. Si legatum sit in diem, vel sub conditione, non debentur legatario fructus tempore mortis testatoris pendentes; benè autem qui fuerint pendentes, quando dies talis legati cedit. Primam hujus conclusionis partem tradunt Iacobus de Aretin. Baldus, Raphael, Alexander, Ias. & alij, quos citat, & sequitur Peregrin. *dicto art.* 49. *num.* 19. constatque ex eisdem fundamentis, ex quibus hoc ipsum diximus, §. *præced. num.* 124. in fideicommissis universalibus. Alia pars de fructibus pendentibus tempore, quo cedit dies legati, traditur ab eodem Peregrino *dicto art.* 49. *num.* 91. & 93. ea ratione sæpius repetita, quia fructus pendentes sunt pars rei, *d. l. fructus pendentes*, *ff. de rei vendicat.* quapropter cùm ipsa re transire debent, in quem illa transit, adeo ut pro rata temporis non dividantur inter hæredem, & fideicommissarium, ut idem Pereg. cum alijs advertit. Addo præterea hanc rationem, quæ mihi videtur optima. Quia eodem modo se res habet in legato in diem, & sub conditione, post diei, vel conditionis eventum, atque in legato puro: nam puri, & purificati eadem est conditio, *l. si pupillus in fine*, *ff. de condit. instit. l. fin.* §. *fin. ff. de vulgari*, Pereg. *supra*, *num.* 96. In legato autem puro statim fructus pendentes pertinent ad legatarium simul cum ipsa re legata, ut supra visum est. Ergo etiam in legato in diem, vel sub conditione, fructus pendentes tempore, quo dies, vel conditio evenit, ad legatarium spectant. 140

Quod maximè procedit, quando legatum est rei determinatæ, & propriæ testatoris; quia in tali legato transit rei dominium in legatarium, ubi 141

dies, vel conditio evenit, eaque de causa omnes ejus fructus ex tunc percepti ad ipsum legatarium pertineant, ut in specie notavit Peregrinus d. art. 49 n. 104. & constat facile ex d. l. Hercunius 42. ff. de usuris. Si autem legatum sit rei alienæ, vel non determinatæ in individuo, vel partis bonorum, cum in ejusmodi legatis dominium non transeat in legatarium ante traditionem, ut notavimus sup. n. 139. dicendum videtur, quod fructus pendentes tempore, quo advenit dies, vel conditio, sub qua legatum est relictum, pertinent ad legatarium quo ad æstimationem, quam tunc habent; quo ad substantiam vero ad hæredem, si per eum sint percepti, antequam sit constitutus in mora restituendi ipsum legatum, ut diximus n. 135. quando hujusmodi bona sunt pure legata.

142 Ex his omnibus jam pro nostro casu, quando Emphyteusis titulo legati in alium est translata, colliges, si talis Emphyteusis fuit pure, & in particulari legata per ultimum possessorem, fructus ejus pendentes tempore mortis talis possessoris pertinere ad successorem, seu legatarium, eique debere integre restitui, si fuerunt percepti post aditam hæreditatem, à cujus aditione dominium est legatarij. Si autem fuerunt percepti jacente hæreditate, debere restitui illorum pendentium æstimationem juxta valorē, quem habebant tempore mortis ultimi possessoris, quo ad substantiam vero pertinere ad hæredem ejusmodi ultimi possessoris, quemadmodum reliqua bona hæreditaria, nisi hæres, quando illos percepit, fuisset constitutus in mora adeundi hæreditatem. Si vero Emphyteusis non fuit legata in particulari, sed in genere, seu indeterminate, ut si testator habebat plures Emphyteuses, & legavit unam ex illis, nō designando hanc, vel illam, etiam tūc si legatum fuit pure relictum, fructus tempore mortis testatoris pendentes pertinent ad legatarium, cum sint pars ipsius rei legatæ; at si fuerunt percepti antequam hæres fuisset in mora restituendi, pertinent in substantia ad ipsū hæredem, & solum debet restitui legatario eorum pendētium æstimatio, juxta valorem, quem habebant, quando testator decessit, cum ante restitutionem dominium talis legati sit penes hæredem. Et idem est, quando legata parte bonorum Emphyteusis pervenit ad legatarium in restitutione talis partis. Si denique Emphyteusis fuit legata in diem, vel sub conditione, nō pertinent ad legatarium fructus tempore mortis testatoris pendentes, qui ante diei, vel conditionis eventū fuerint percepti. Qui autem pendentes fuerint tempore, quo dies, vel conditio evenit, eodem modo ad legatarium spectant, atque pendentes tempore mortis, quando legatum est relictum pure, cum purificati, & puri eadem sit conditio, *d. l. si pupillus, fine, ff. de condit. instit. l. fin. §. fin. ff. de vulgari.* Et hæc pro materia de Emphyteusi sufficiant.

LAUS DEO.



INDEX

RERUM, QUÆ IN HOC TRACTATU DE CENSU, ET EMPHYTEUSI continentur.

Prior numerus indicat partem: secundus, disputationem: tertius, sectionem: ultimus, numerum marginalem: ubi verò unus tantum reperietur numerus, intellige marginalem disputationis proximius prænotatæ.

A.

Emphy

C.

Capella.

Censuarius.

Census.

turam

Domus.

Donatio.

Dos.

E.

Ecclesia.

Electio.

Emphyteusis.

H.

Hæres.

Homo.

Hypotheca.

I.

Illegitimus,

Immunitas Ecclesiastica,

Incrementum.

phyteu-

Legatum.

Legitima.

Legitimatio, & Legitimatus.

Lex.

Libellus.

Licentia.

Locatio.

M.

Maioratus.

Res

Nunciatio.

O.

Officium.

Olivetum.

Onus.

Opus novum.

P

Pater.

Quando

Pœna conventionalis.

Pœnitere.

Possessio, & Possessor.

Prælatus Ecclesiæ.

Præscriptio.

Præstatio annua.

Præsumptio.

Probatio.

Prodigus.

Pupillus.

Q.

Qualitas.

Quarta Trebellianica.

R.

Recognitio.

Reditus.

Reguengos.

Regula.

Regulares.

Religiosus.

Vide, *Regulares.*

Renovatio.

quibus

Renunciatio.

Repræsentatio.

in

Rescriptum.

Res Ecclesiastica.

&

Substitutio.

Successio, & Successor.

T.

Testamentum.

Quan-

FINIS